

FACULTÉ DE DROIT DE CAEN

DES

POUVOIRS DU MARI

SUR LA DOT

EN DROIT ROMAIN

DES

REPRISES ACTIVES

DE LA FEMME COMMUNE

EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

Ad. MAURER

AVOCAT

Pour qu'une République soit bien
ordonnée, les principales lois doivent
être celles qui règlent le mariage.

Platon, *Des lois*, IV.

CHERBOURG

IMPRIMERIE SAINT-JOSEPH, 30, RUE DES CORDERIES

1891

FACULTÉ DE DROIT DE CAEN

DES

POUVOIRS DU MARI

SUR LA DOT

EN DROIT ROMAIN

DES

REPRISES ACTIVES

DE LA FEMME COMMUNE

EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

Ad. MAURER

AVOCAT

Pour qu'une République soit bien
ordonnée, les principales lois doivent
être celles qui règlent le mariage.

Platon, *Des lois*, IV.

CHERBOURG

IMPRIMERIE SAINT-JOSEPH, 30, RUE DES CORDERIES

1891

A MON PÈRE, A MA MÈRE

A MA FAMILLE

A MES AMIS

JURY D'EXAMEN

MM. LAISNÉ-DESHAYES, professeur, *Président*.

GUILLOUARD, id.

CABOUAT, id.

Ambroise COLIN, agrégé.

DROIT ROMAIN

POUVOIRS DU MARI SUR LA DOT

Omnia quæ mulieris fuerunt,
viri fiunt.

Cicéron, *Topiques*, ch. iv.

Republicæ interest mulieres,
salvas dotes habere.

Paul. (Dig., l. 2, *De jure dot*).

INTRODUCTION

Le mariage n'existait pas à l'origine...

..... il est l'œuvre de la civilisation
et son premier bienfait.

Gide. *De la condition privée de la
femme*, p. 20.

Un fait qui domine toutes les législations, antérieur à toutes les époques historiques, et qu'on peut sans trop de témérité affirmer avec une quasi-certitude, c'est que la conception juridique du mariage n'a dû naître et se former que lentement. A l'origine, simple rapprochement des sexes, instincts de nature, tant que cette union ne fut que temporaire, limitée aux exigences de la nature, le mariage n'existait pas, et il n'y avait pas davantage de famille possible. La famille a pu naître le jour où l'habitude (on ne saurait dire l'amour en parlant de ces temps de barbarie sauvage), cette loi des instincts moraux, comme des organismes physiques a fait désirer à l'homme la conservation à son seul usage de la femme qu'il avait choisie, car, ce jour-là seulement, il a pu adopter les enfants reconnus comme siens (1). Aussi deux espèces de famille ont dû exister successivement : le matriar-

(1) Voir dans la *Nouvelle Revue* l'étude de M. Sciamma : *La Sélection sociale*. Année 1886, p. 307.

cat, aux temps les plus barbares (I), régime conservé par quelques peuples, et le patriarcat, régime presque universel, ayant pour cause et pour point d'appui la subordination de la femme à l'homme. Toutes les fois que l'homme comprit l'avantage et la sécurité d'une union durable, il dut y avoir une famille. Le concubinat des temps héroïques ouvre ainsi la voie à l'union plus intime et plus stable des âges postérieurs devenue le mariage.

On conçoit alors, sans trop de difficulté, les positions respectives des époux dans l'antiquité. Mariage et famille se tiennent, se pénètrent, au point qu'on ne saurait dire de ces deux états lequel est la cause, lequel est l'effet, ou bien plutôt si tous deux ne sont pas les faces différentes d'une institution unique. La famille existant, le père exerce sur elle son autorité despotique, comme il l'exerçait sur sa femme. La fille et la mère subissent la même loi, mais à son tour, l'homme qui veut se créer une famille, trouvant en face de lui cette autorité, devra solliciter d'elle la jeune fille. A la conquête succédera la tradition de la femme obtenue du consentement du père. La famille existe, mais conserve toute la rudesse de ses origines. Est-ce bien là le mariage ? Oui, car c'est le *consortium omnis vite*. Certes la femme est la chose du mari, il sera maître de la répudier si bon lui semble, mais en la prenant il l'a prise pour la vie, dans l'espoir d'une

(1) V. dans le même ouvrage l'intéressant article de M. Paul Lafargue, *Le Matriarcat, Etude sur les origines de la famille*, p. 301 ; et Letourneur, *Sociologie*, p. 363.

affection éternelle, et la perpétuité intentionnelle de l'union, c'est le mariage.

Tel était peut-être le régime des personnes. Y avait-il un régime de biens ? Non, car la femme n'ayant pas de personnalité, il ne pouvait y avoir de rapports pécuniaires réciproques. Autant vaudrait demander si l'esclave a un régime pécuniaire (1). On ne dut donc pas distinguer la femme de ses biens, et même à l'origine elle ne devait guère apporter de biens avec elle (2).

Plus tard, lorsque le mariage devient avec la stabilité des populations, groupées et organisées politiquement, une occasion de relations ; lorsque la femme, fille d'un citoyen dont l'alliance est recherchée et considérée, empruntera à sa famille d'origine une part de sa considération, l'asservissement sera plus nominal que réel, elle prendra rang dans la famille, comptera dans son budget, au point qu'un jour, on pourra lui demander d'apporter avec elle de quoi subvenir à son entretien devenu trop coûteux (3). On ne paiera plus pour l'obtenir, au contraire, elle apportera au foyer du mari une somme de richesses plus ou moins considérables. Ce jour-là est né le régime des biens. Comment traiter cet apport ? Quelles situations

(1) Gide. *De la condition privée de la femme*, p. 31.

(2) Aussi M. Esmein enseigne, avec raison ce nous semble, que la *conventio in manum* n'a pas son origine dans des intérêts pécuniaires. *Mélanges d'histoire du droit et de critique*, p. 4.

(3) M. Ihering. *L'Esprit du Droit romain dans les diverses phases de son développement*, p. 205, émet l'opinion, appuyée sur les textes littéraires, que la condition de fait de la femme à Rome était loin d'être celle que lui faisait le droit. Nous le croyons volontiers, n'en est-il pas de même chez nous !

respectives vis-à-vis de ces biens auront celle qui les apporte et celui qui les reçoit ? Etudier comment naquit à Rome le régime pécuniaire du mariage, quels furent à l'origine les droits des époux, et comment de la négation absolue de la personnalité féminine on arriva à donner à cette personnalité la plus entière indépendance, cela par une protection tous les jours plus minutieuse et plus efficace, et comment cette esclave des premiers temps deviendra la souveraine du foyer, tel est le sujet de notre étude. Tâche bien lourde pour notre faiblesse. Puisse notre travail n'être pas trop indigne de l'enseignement que nous avons reçu de nos savants professeurs !



PREMIÈRE ÉPOQUE

Avant Auguste

Peu de questions sont aussi obscures que celle de la condition de la dot dans le très ancien droit romain. Y avait-il même une dot? Non sans doute, au sens qui fut plus tard attaché à ce mot. L'origine grecque de ce terme, qu'on rencontre dans les monuments littéraires, qui pourraient aider à éclairer l'histoire du régime pécuniaire du mariage, prouve que déjà ce régime avait perdu de son originalité par des emprunts faits à la nation admirée et imitée des Romains. (1) Les documents juridiques ne nous tireront pas d'embarras, puisqu'ils sont tous postérieurs au siècle d'Auguste, et que déjà sous cet empereur, la condition de la femme subissait une profonde et singulière modification. Cicéron dit pourtant : « *quum mulier viro in manum convenit, omnia quae mulieris fuerunt, viri fiunt dotis nomine.* » (2) C'est à peu près tout ce que nous savons du régime dotal, antérieur à la loi Julia.

On peut cependant conjecturer sans trop de témérité, que quand le mariage avait été accompagné de la

(1.) Tite Live. XXXIV. 1.

(2.) *Topiques* Chap. iv.

manus, la femme frappée d'une *capitis deminutio* perdait tous ses droits sur son patrimoine qui venait s'absorber dans celui de son mari. C'est ce qu'on peut induire des textes, qui désignent la femme comme fille de son mari, *in loco filice* ; c'est aussi la conséquence du principe que celui qui est en puissance n'a pas de patrimoine : « *qui in potestate nostra est, nihil suum habere potest.* »

Le mari acquérait donc tout ce que la femme possédait au jour du mariage, et ce qui pouvait lui advenir par la suite (Gaius, II, §§ 86 et 96). Ce régime qui peut provoquer l'étonnement de modernes, et leur sembler froisser la plus élémentaire équité, n'avait cependant rien que de très juste. Il était d'abord en harmonie avec les idées antiques sur la condition de la femme : « *Eris in potestate viri et ipse dominabitur tibi* » dit la Genèse (1). S'il donnait au mari la suprématie, il était sans danger pour la femme, dans un temps où le divorce était une rareté, puisque l'histoire présente le cas de Sp. Cornilius Ruga divorçant vers l'année 320 de Rome comme le premier exemple de divorce, et ayant causé grand scandale. Il est au moins bien certain que le divorce était peu dans les mœurs (2). La femme par son mariage perdait, il est vrai, tous ses droits dans son ancienne famille, mais elle entrait dans celle qu'elle avait choisie, elle n'y était pas seulement la compagne de son mari, elle lui était plus

(1.) Chap. III, Verset, 16.

(2.) Denys d'Halicarnasse, II, 25 ; Plutarque *Quæstæ Rom.* Ch. XIV, 39 ; Aulu-Gelle, IV, 3, et XVII, 21 ; Valère Maxime, II. I. 14 ; Tite Live, IX, 43.

intimement liée, par la subordination et l'intérêt, elle était près de lui *in loco filiae*. Au point de vue pécuniaire elle reprenait donc dans la succession maritale les biens qu'elle avait apportés, intégralement si le mariage avait été stérile, et les partageait avec ses enfants, s'il en était né. Ce partage n'avait rien d'inique, car elle partageait également avec eux les biens personnels du mari sur lesquels elle n'aurait eu aucun droit sans la *manus* (1).

Le mari qui avait, en vertu de la *manus*, acquis les biens de la femme pouvait-il se trouver plus tard obligé à les restituer? « Les documents manquent à cet égard » dit M. Pellat (2), et ce n'est que trop vrai. Toutefois, nous ne croyons pas la solution insoluble.

Au cas de survie de la femme la restitution n'est pas facilement compréhensible. La femme *in manu* succédait à son mari, or ce droit de succession eût été inutile si la femme avait pu, par une revendication, reprendre les biens auxquels elle succédait. On peut même dire que l'un de ces droits est exclusif de l'autre. Cette restitution eût été, en outre, incompatible avec les idées romaines sur la propriété. La propriété était, de son essence, perpétuelle, or si le mari est devenu propriétaire des biens de la femme, il n'a pas pu, par la seule échéance d'un terme, cesser de l'être « *Dotis*

(1.) Aussi M. Ihering peut-il dire avec quelque vraisemblance en parlant de cette époque que, dans le fait, le mari et la femme étaient égaux, et vivaient dans une sorte de communauté. *op. cit.* p. 204.

(2.) *Textes sur la dot* p. 1.

causa perpetua est » dit le jurisconsulte Paul (Loi 1. D. *De jure dot.*), dans un temps où l'action *rei uxoriæ* permet cependant à la femme de recouvrer ses biens dotaux, tellement était grande la puissance de la tradition (1) !

Au cas de prédécès il ne pouvait s'agir davantage de restitution, car à qui eut-on restitué ? A la femme ? Elle n'était plus. — A ses héritiers ? mais les enfants en puissance ne pouvant acquérir que pour leur père, c'est donc à lui-même que le père eût en définitive restitué ; et puis, n'était-elle pas la fille de son mari, et comme telle, si elle eût pu acquérir, elle ne l'eût fait que pour le compte de son maître.

Nous avons dit que le divorce était rare à l'origine ; sa survenance ne donnait pas plus que le décès de la femme ou du mari ouverture à restitution. La preuve c'est que plus tard lorsque s'établira l'usage des stipulations individuelles en vue de la restitution, c'est le divorce éventuel qui en sera le motif, or si la restitution eût été de droit, il n'eût pas été besoin de la stipuler, et le Préteur n'aurait pas eu à suppléer le défaut de stipulation. Mais nous avons un document à cet égard : Aulu-Gelle, raconte que dans les cinq premiers siècles de Rome il n'y avait ni stipulation, ni action *rei uxoriæ* (2) et Denys d'Halicarnasse dit que

(1) On a contesté le véritable sens de ce texte, mais comme le fait judicieusement remarquer M. Pellat, ce qui prouve bien que la maxime citée a bien en vue l'acquisition de la propriété par le mari, c'est qu'il est extrait, comme l'indique son *inscriptio*, du Livre XIV où Paul traite l'acquisition de la propriété. Rapprocher les *inscriptiones* des lois 24 et 26. D. *De adq. rer. dom.*

(2) *Nuits attiques*, IV, 3 ; conf. XVII, 21.

Romulus n'avait donné aucune action à la femme contre son mari, ni établi aucune loi pour la restitution de la dot (1).

Si le mari acquérait définitivement les biens de sa femme, ce n'était pas toutefois par l'effet du mariage, mais par celui de la *manus*. Or, si cette puissance accompagnait souvent le mariage, surtout entre patriciens, elle en était cependant indépendante. La *manus* pouvait en effet exister aussi bien sans le mariage, que le mariage sans la *manus* : « *Potest autem coemptionem facere mulier non solum cum marito suo, sed etiam extraneo* », dit Gaius (I. § 114), et d'autre part l'acquisition de la *manus* par l'*usus* démontre que le mariage était possible sans elle. (Gaius I. § 3.) Nous avons ainsi désigné le mariage libre, se formant *mero consensu*.

Il se produisait, au cas de mariage libre, absolument le contraire de ce qui se passait lors de l'acquisition de la *manus* par le mari, ou pour parler plus exactement, la femme demeurait ce qu'elle était avant le mariage. Elle restait dans sa famille naturelle. Si elle était *alieni juris*, comme elle n'avait pas de biens, il n'y avait pas de dot. Si elle était *sui juris*, elle conservait la propriété de ses biens qu'elle administrait sous l'*auctoritas* de ses tuteurs, le mari n'acquérait donc rien encore. (2).

(1) *Antiq. rom.*, II, 23.

(2) Ginouilhac admet cependant que l'administration de la dot appartenait au mari. (*Hist. du rég. dotal et de la communauté en France* p. 70.)

Ces deux sortes de mariages coexistèrent longtemps; le mariage libre pouvait facilement se transformer en mariage avec *manus* par l'*usus* annal de la femme. Mais lorsque les mœurs de Rome se relâchèrent, lorsque le divorce devint de plus en plus fréquent, la répudiation de la femme, qui avait pour effet de la jeter dépouillée et sans ressources hors de la famille du mari, et cela au plus grand profit de ce mari, rendit odieuse la *manus* et les femmes durent peu envier le titre autrefois si respecté de *materfamilias*; le mariage libre devint la règle, la *manus* l'exception, jusqu'à qu'elle ne fût plus qu'un souvenir historique; puis la civilisation grandit, empruntant à l'autre rive de l'Adriatique, et aux nouvelles colonies d'Orient un luxe jusqu'alors inconnu, contre lequel Caton s'élève avec vigueur; les maris, et surtout les maris romains, dont l'avarice était proverbiale, se montrèrent peu empressés à se charger gratuitement de l'entretien d'une femme chaque jour plus coûteuse. Alors les usages vont changer, ce n'est plus le mari qui achètera la femme, mais la femme qui apportera avec elle un patrimoine destiné à compenser les dépenses de son entretien. La civilisation est venue de la péninsule hellénique. c'est de Grèce aussi que viendra le régime qui doit s'adapter au nouvel état social (1), on lui empruntera jusqu'à sa terminologie, les biens apportés par la femme s'appelleront *Dos* (Δοσ). Quand la femme sera *suū juris* elle apportera sa dot, quand elle sera *alieni juris*, le père ou un ascendant la fournira.

(1) Bunsen, *De jure hæreditario atheniensium*. p. 50.

Dans le premier cas ce sera la dot adventice, dans le second la dot profectice.

On peut se demander comment, le mari peut continuer à en devenir propriétaire. La raison en est simple. La dot se constituait, soit par tradition pour les *res nec Mancipi*, soit par *cessio in jure* ou *mancipatio* pour les *res Mancipi*. Or l'effet de ces modes de transfert, c'est de donner non seulement la possession, mais encore la propriété, à celui qui reçoit la chose, objet de l'opération. On ne distingue pas dans les contrats, la cause du contrat pour approprier l'effet à la cause. Les modes d'acquisition produisaient leur effet invariable, dans quelle circonstance qu'ils aient été employés et il n'y avait pas d'autre moyen de procéder que par eux. Seulement, comme la femme ne veut pas se dépouiller définitivement, comme le père ne veut pas transférer sans retour à son gendre un patrimoine dont il ne se prive qu'en vue de l'établissement de sa fille, au moyen de *cautiones rei uxoriæ* il en stipulera la restitution. La femme, ou son père, suivant les circonstances, auront donc une action *ex stipulatu* pour réclamer le bien dotal. Plus tard l'usage de ces stipulations se généralisant le Préteur les tenant pour sous-entendues, viendra au secours de celui qui n'aurait pas pris cette précaution en lui donnant une action prétorienne et de bonne foi, *l'actio rei uxoriæ*, et l'étendra du cas de divorce au cas de décès de la femme, afin, dit naïvement Pomponius, que le père ne souffrit pas tout à la fois de la perte

de sa fille et de celle de sa fortune : « *ne et filiae amissae et pecuniae damnum sentiret.* » (L. 6. D. *De jure dot*). Mais ce qu'il faut retenir, comme caractéristique, c'est que le mari sera malgré tout propriétaire, car il n'est jamais venu à l'esprit des romains que la dot puisse être transférée à titre de dépôt ou d'usufruit.

Si nous nous demandons alors quels sont les pouvoirs du mari sur la dot, nous croyons qu'il faut voir en lui un propriétaire, ayant pleins pouvoirs sur elle (1). Il pouvait donc les administrer, en percevoir les fruits, et même en disposer, car sans cela son droit de propriété eût été incomplet. L'obligation de restituer n'y fait pas même obstacle. En effet, l'action en restitution, née d'une stipulation était personnelle, donc de créance, un *jus ad rem*, qui laissait intact le droit du mari, droit réel, *jus in re*.

(1) Laferrière. *Hist. du Droit français*, 1, p. 217.

DEUXIÈME ÉPOQUE

D'Auguste à Justinien

En l'an 737 de la fondation de Rome la condition de la femme était en droit telle que nous venons de la décrire. Elle apportait au mari, pour subvenir aux charges du mariage, une dot, dont elle pouvait réclamer la restitution lors de la dissolution du mariage, survenu par le prédécès de son mari, ou le divorce. Son père pouvait également former cette réclamation, lors du décès de sa fille, quand la dot était profectice, sauf l'exercice des *retentiones*, que nous n'avons pas à étudier.

Depuis l'introduction par la jurisprudence de l'action *rei uxoriæ*, on peut donc supposer assez vraisemblablement que le droit restait stationnaire. Mais les mœurs, qui avaient déjà rendu odieuse la *manus*, maintenant complètement tombée en désuétude(1) et qui avaient provoqué la création de l'action prétorienne en restitution de la dot, loin de s'améliorer et de se

(1) Gaius raconte (13 ans environ après le règne d'Auguste) que la *confarreatio* était réservée aux prêtres flamines majeurs (*Instit.* c. II, § 112). Cette application spéciale rend présumable la disparition de la *manus* dans la pratique quotidienne, surtout alors que l'usucapion de la femme était tombée en désuétude (Cicéron, *Pro Flacco*, xxiv).

purifier, se dissolvaient toujours davantage. C'était chez les femmes un dévergondage inouï : « *Et jam vix nullæ inveniri possent pudicæ uxores* », dit Dion Cassius (1). Nous voudrions, à l'honneur des matrones romaines, pouvoir faire dans ces jugements la part de l'exagération méridionale, mais les témoignages sont trop unanimes pour n'être pas l'expression d'une triste réalité. La conséquence de ce libertinage c'était l'éloignement de plus en plus marqué de la société romaine pour le mariage, que le concubinat tendait à remplacer, quand on ne lui prêtait pas d'autres passions contre nature « *Viros pati muliebria* » dit Salluste, et l'austère Sénèque n'est pas moins affirmatif (2). Aussi, tandis que les célibataires fuyaient le fardeau d'un lien perpétuel, les hommes mariés cherchaient leur indépendance dans le divorce, rendu plus facile par la prédominance du mariage libre. Le mari était bien obligé, il est vrai, de restituer la dot, mais il avait trouvé plus commode de la dissiper, de sorte que le scandale n'avait changé que de nature. Au lieu de s'enrichir du bien de sa femme, il le faisait servir à ses débauches, et quand la ruine était consommée il changeait d'épouse pour trouver des ressources dans un nouveau mariage. On comprend que les dots devenaient rares. Les protestations de la femme eussent été vaines, puisque le mari était *dominus dotis*. Les consciences restées fidèles au vieux rigorisme romain se révoltèrent, et ce cri fut entendu. Auguste résolut

(1) Liv. LIX.

(2) *De beneficiis*, Liv. III, chap. XVI.

d'enrayer la marche ascendante de cette démoralisation. Un plébiscite proposé par lui fut voté en l'an 737 dans les comices par curies, et une série de lois s'efforcèrent, par des mesures de protection ou de rigueur, tant de forcer au mariage, que d'en rendre moins fréquentes les causes de dissolution, soit en punissant sévèrement l'adultère, soit en frappant de certaines déchéances les célibataires ou les veufs, enfin aussi en obligeant les pères à doter les filles (Marcien. D. L. 19, *De ritu nuptiarum*) et en mettant la dot à l'abri des dilapidations du mari. La loi nouvelle proclamera l'inaliénabilité du fonds dotal. De la sorte, si la femme est répudiée, victime du caprice de son mari, la conservation de son bien lui facilitera une seconde union. Le principe du droit nouveau sera que : « *Reipublicæ interest mulieres, salvas dotes habere, propter quas nubere possunt* (1) ». Nous avons vu à l'origine la toute-puissance maritale s'exerçant librement et sans réserve, jusqu'à l'appréhension complète par le mari du bien de la femme, puis un premier tempérament est intervenu permettant d'abord, ordonnant ensuite la restitution, mais sans qu'on ait encore osé toucher à la souveraineté du maître. La caractéristique de la seconde période est dans la limitation même du droit d'aliénation que nous allons étudier.

Quel est maintenant le caractère général du pouvoir du mari ? Est-il toujours propriétaire du fonds dotal ? Nous le croyons, et cette opinion est fondée autant sur

(1) Paul, Dig. L. 2. *De jure dot.*

les textes que sur les traditions historiques.

La constitution de dot s'effectue par les mêmes procédés qu'avant la loi Julia, elle est donc restée translatrice de propriété. Ce droit, il est vrai, sera incomplet, mais la restriction porte sur une des applications, non sur le principe, et par cela même ne l'a pas entamé.

Ce qui achève la démonstration c'est que Gaius, envisageant certains cas dans lesquels le propriétaire ne peut pas aliéner, cite l'incapacité du mari à l'égard du fonds dotal « *nam dotale prædium maritus invita muliere per legem Juliam prohibetur alienare quamvis ipsius sit, vel mancipatum ei dotis causa, vel in jure cessum, vel usucaptum.* » (Comment. II, § 63).

Les applications de ce principe ne manquent pas en droit romain. C'est ainsi que si la chose dotal vient à être volée, l'*actio furti* est donnée non pas à la femme, mais au mari, or à qui d'ordinaire compète cette action? — A celui dit Gaius « *cujus interest rem salvam esse, licet dominus non sit: itaque nec domino aliter competit quam si ejus intersit rem non perire* » (Comment. III. § 203). La femme a évidemment intérêt à la reprise de la dot aux mains du voleur, le mari également, or entre les deux qui choisir? — Le mari. — Pourquoi? — Parce qu'il est propriétaire.

Mais voici une autre application encore plus décisive. La femme qui détourne des choses dotales se rend passible vis-à-vis de son mari de l'action *rerum amotarum* (Ulpien L. 24. D. De act. rerum amot.) preuve évidente encore que c'est bien le mari qui est propriétaire.

Autre application intéressante : la femme qui apporte en dot un fonds grevé d'une servitude envers un bien du mari voit s'éteindre cette servitude par confusion, qui n'est possible qu'en supposant la réunion des deux fonds dans les mains d'un même propriétaire.

Si incomplet qu'il soit, ce droit de propriété se comprend néanmoins. Le mari est dans la situation du pupille qui ne peut aliéner sans *l'auctoritas* du tuteur, et qui reste cependant propriétaire. Au mari il faudra le consentement de sa femme.

On invoque, il est vrai, en sens contraire des textes d'où il paraît résulter que l'action en revendication est intentée par la femme contre des tiers acquéreurs (Loi 77. § 5. Dig. *De legatis et fideicommissis*; 2° et aussi : L. 13. § 3. Dig. *De fundo dotali*). C'est donc, dit-on, qu'elle est propriétaire. Mais l'explication qu'en donne M. Demangeat est simple et plausible. Le mari a vendu indûment le fonds dotal ; survient le divorce, la vente est évidemment nulle, *irrata*. Si le mari n'invoque pas cette nullité la femme se fera céder l'action, et, au lieu et place de son mari, elle revendiquera la chose, en disant non pas « *rem suam esse* » mais « *mariti est* », puis le fonds étant rentré dans le patrimoine du mari elle le reprendra. Ainsi la sentence intervenue sur une action suivie par la femme pourra être opposable au mari, car le silence du mari qui connaît l'action fait supposer un acquiescement. Il n'est pas besoin pour cela de considérer la femme comme propriétaire (1).

(1) Demangeat. *De la condition du fonds dotal* p. 332 ; Gide

C'est beaucoup de complications, dira-t-on, pour atteindre un résultat bien simple. Peut-être, mais cette complication est bien romaine, n'est-ce pas le mécanisme même de la *procuratio in rem suam*?

Il est bien certain que la loi Julia aurait gagné en logique à décider avec la réalité des faits que la femme resterait propriétaire, le mari devenant simplement usufruitier, mais il aurait fallu pour cela rompre avec des habitudes séculaires, et dans une société aussi conservatrice que la société romaine, on peut bien modifier le fond des choses, mais non en altérer l'apparence et surtout le langage. Cette situation fautive d'un propriétaire incapable d'user du plus précieux de ses droits est la source de bien des obscurités dans des textes qui semblent, à un examen superficiel, dire le contraire de ce qu'ils expriment. Tels sont les textes suivants, dont on a prétendu induire sinon la propriété exclusive de la femme, tout au moins sa copropriété. Rien n'est moins exact.

1^o Macer. L. 15 § 3. Dig. *Qui satisdare cogitantur*. Dans ce texte il s'agit de savoir si la femme et le mari peuvent être considérés comme possesseurs et à ce titre être dispensés de fournir la satisfaction exigée de l'intimé, *in jus vocatus*, en cas d'appel. Le jurisconsulte répond que oui. Mais pourquoi? Non pas parce que la femme peut être considérée comme propriétaire ou véritablement possesseur, mais parce qu'elle a intérêt à

Du caractère de la dot en droit romain. REVUE DE LÉGISLATION ANCIENNE ET MODERNE, année 1872, p. 121 et s.

la conservation de l'immeuble dotal, et qu'on peut donc être assuré qu'elle se présentera, elle ou son mari, pour défendre en justice, tout comme si elle était propriétaire actuel'e.

2° Paul L. 21 § 4. Dig. *Ad municipalem*. Dans cette loi Paul suppose qu'il va falloir déterminer l'importance des biens du mari pour savoir quelle part il devra supporter dans les charges des *municipes*; la dot sera-t-elle comprise dans cette énumération? Non, dit Paul. Mais qu'on remarque la rédaction même de la loi: « La dot est comprise dans les biens du mari, cependant etc..... » c'est-à-dire que sans méconnaître le principe, dans l'espèce on en écartera le corollaire, parce que la dot n'a pas en vue de subvenir à l'entretien du mari, mais de la femme.

3° Ulpien L. 7, § 12. Dig. *Soluto matrimonio* assimile le mari, qui trouve un trésor dans le fonds dotal, à l'inventeur du trésor dans le fonds d'autrui. Mais la rédaction ici encore prouve contre l'induction qu'on veut tirer du texte. Le mari doit restituer à la femme la moitié du trésor « *quasi in alieno inventi* ». QUASI..... C'est donc que sa qualité d'étranger n'est qu'une apparence.

4° Gaius L. 81, § 1. Dig. *Ad legem Falcidiam* dispense de l'application de la loi Falcidie le legs de la dot par le mari à la femme. Mais supposer le legs valable, n'est-ce pas admettre implicitement la propriété du mari exclusive de celle de la femme? Car, si la

femme était propriétaire, elle ne pourrait pas être instituée légataire. Toutefois, on n'appliquera pas la loi Falcidie parce que, dit Gaius, *rem suam mulier recipere videtur*. Encore une solution d'espèce reposant sur une fiction.

5° Enfin Tryphoninus, loi 75. *De jure dotium* accorde l'action *ex stipulatu duplæ*, durant le mariage, à la femme qui aurait apporté en dot un immeuble non estimé, acheté par elle, et dont le mari serait évincé. La femme a intérêt à ce que l'immeuble reste dans les mains du mari, puisque c'est à l'aide de ses revenus qu'il subviendra à l'entretien de la maison. La raison paraît suffisante à Tryphoninus, pour justifier l'admission de la femme à exercer l'action *ex stipulatu duplæ*, car, la dot, dit-il dans un langage embarrassé : *quamvis in bonis mariti sit,.... quamvis apud maritum dominium sit,.... mulieris est tamen*.

Toutes ces espèces sont autant de témoignages de l'embarras où dut se trouver souvent la jurisprudence pour concilier le vieux et le nouveau droit, et pour suivre la voie des réformes inaugurées sous Auguste sans heurter trop radicalement les principes constitutionnels du droit, si l'on peut ainsi parler.

Maintenant que nous espérons avoir démontré le droit de propriété du mari, nous allons en étudier l'étendue soit quant aux meubles, soit quant aux immeubles.



CHAPITRE I

DROITS DU MARI SUR LES IMMEUBLES

Le droit de propriété comprend trois éléments : 1° *jus abutendi*; 2° *jus utendi*; 3° *jus fruendi*. Si le pouvoir du mari était intégral, il aurait dans leur plénitude l'exercice de tous les droits d'*usus* et d'*abusus*, mais nous avons vu que l'*abusus* venait d'être limité, nous allons étudier cette limitation, puis ensuite nous examinerons en quoi consiste son droit à l'usage et aux fruits.

§ 1. *Jus abutendi. Loi Julia*

Le mari propriétaire a nécessairement l'exercice de toutes les actions qui ont pour objet la chose dotale; C'est lui qui pourra revendiquer le fonds possédé par un tiers, qui intentera l'*actio furti* si la chose dotale est détournée; c'est à lui que compètent les actions confessoires ou négatoires, soit pour faire reconnaître les servitudes actives dont serait créancier le fonds dotal, soit pour le faire affranchir des servitudes passives. (L. 2. pr. et 1, § 1. Dig. *Si serv. vind.*) Lui aussi exercera les interdits possessoires destinés à empêcher l'usucapion du fonds dotal qu'un tiers aurait

commencée avant le mariage (L. 16. Dig. *De fundo dotali*).

Le mari pourra également usucaper le fonds dotal et joindra en ce cas à sa possession le temps qu'a duré celle de sa femme. (L. 7. § 3, Dig. *De jure dot.*) L'intérêt de cette disposition se rencontrera soit au cas où la tradition aura été faite au mari de choses *mancipi*, ou même au cas où le fonds dotal aurait été livré par un non-propriétaire. Car si le mari n'est pas propriétaire, il est au moins possesseur de bonne foi.

Il a en un mot tous les droits du *dominus*.

Cependant il ne peut pas aliéner, et il faut entendre par là non seulement l'aliénation directe, mais même l'aliénation indirecte qui se produirait par l'usucapion ou la *longi temporis præscriptio*. C'est ce qui ressort de la loi précitée d'après laquelle la prescription (lire l'usucapion) de l'immeuble dotal ne serait possible que si cet immeuble avait été possédé avant la constitution de dot par le tiers qui veut usucaper. En effet, laisser prescrire, dit Paul, c'est aliéner : « *alienationis verbum etiam usucapionem continet: vix est enim, ut non videatur alienare, qui patitur usucapi.* » (Loi 28, pr. Dig. *De verb. sign.*) et le texte dit encore que l'extinction des servitudes actives par le non usage ne doit pas être plus possible que la perte de la propriété.

Qu'importe aussi à quel titre, onéreux ou gratuit, entre vifs ou à cause de mort, a lieu l'aliénation « *Est autem alienatio, omnis actus per quem dominium*

transfereatur » disent les empereurs Sévère et Antonin, (L. 1. C. *De fundo dot.*)

Il est cependant un mode d'aliénation indirecte, qui a soulevé chez les commentateurs modernes bien des controverses. Nous voulons parler de l'hypothèque. L'hypothèque n'est pas par elle-même une aliénation, mais elle y conduit, puisque, si la dette n'est pas payée à l'échéance, la chose affectée à la garantie de la créance doit être délaissée au créancier ; en bonne logique il faudrait donc décider que l'hypothèque du fonds dotal est interdite.

La loi Julia est muette sur cette question, silence fort compréhensible, si l'on songe que le régime hypothécaire fut pour Rome un régime d'emprunt venu de la Grèce assez tardivement. Cicéron en parle dans sa correspondance comme d'une institution fort usitée de l'autre côté de l'Adriatique (1), mais on ne sait pas exactement à quelle époque elle fit son apparition en Italie.

Antérieurement à l'hypothèque il existait deux autres moyens assez imparfaits de constituer une sureté réelle ou créancier sur le bien de son débiteur : c'étaient l'*aliénation fiduciaire* et le *pignus*.

Le premier mode consistait à transférer la propriété par mancipation ou *in jure cessio* au créancier, puis, par un contrat de fiducie à en obtenir l'engagement

(1) *Epit. ad. div.* XIII, 56.

de retransférer cette propriété à l'aliénateur, quand il serait payé (1). La loi Julia devait rendre impossible l'emploi de cette constitution de gage, qui nécessitait dans la forme et dans le fonds, une véritable aliénation contraire à la loi nouvelle.

Dans le *pignus*, la possession seule est transférée, le créancier n'a pas le droit de vendre l'objet de son gage ni de se l'approprier même par prescription, puisque sa possession est précaire, rien ne s'opposait donc à la mise en gage de la chose dotale.

Mais en ce qui concerne l'hypothèque, la question est plus délicate.

On peut se demander en premier lieu si la rigueur des principes ne devait pas faire traiter l'hypothèque comme l'aliénation. Pût-il être permis de faire par une voie détournée ce qu'il était défendu de faire directement? On pourrait en douter tout d'abord, mais en y réfléchissant, il paraît au contraire que la loi Julia étant une loi d'exception et de restriction, il faut lui appliquer les règles ordinaires d'interprétation : *exceptiones sunt strictissimæ interpretationis*. Nous trouvons un argument considérable à l'appui de cette opinion dans les textes eux-mêmes. On trouve bien au Code et dans les Institutes cette défense, mais au Digeste il n'est pas question d'hypothèque du fonds dotal, et ceux qui soutiennent que la défense d'aliéner comprend celle d'hypothéquer, ne peuvent invoquer qu'un seul texte, la loi 4 au Digeste, *De fundo dotali*,

(1) Cicéron, *Pro Flacco*, 21.

qui parle non d'hypothèque, mais d'*obligatio*. L'*inscriptio* indique que le fragment est de Gaius et l'existence, au temps de ce jurisconsulte, de l'hypothèque en Italie n'est rien moins que certaine ; si elle eût existé croit-on qu'il ne se fût trouvé dans Gaius aucune trace de cette existence ? Au contraire, dans les Commentaires, on rencontre l'aliénation fiduciaire, le *pignus* qui commençait à détrôner l'aliénation fiduciaire, mais non l'hypothèque. Or ce terme d'*hypotheca* par son origine exotique n'eût pas manqué d'attirer l'attention de Gaius. S'il eût été d'un usage non pas même très commun, mais seulement quelque peu fréquent de son temps, on le trouverait soit dans le palimpseste de Vérone, soit dans les insertions du Digeste, et il n'y est pas.

Au surplus voici le texte invoqué : « *Lex Julia quæ de dotali prædio prospexit, ne id marito liceat obligare aut alienare, plenius interpretanda est, ut etiam de sponso idem juris sit quod de marito* » *Obligare aut alienare*, dit Gaius, et l'on traduit hypothéquer ou aliéner. Cette traduction nous paraît un contre sens, aggravé d'un anachronisme. Gaius si concis d'ordinaire ne se serait certes pas servi pour désigner l'hypothèque, institution nouvelle, étrangère, dénommée par un terme étranger, d'une appellation aussi générale et aussi latine que *obligare*.

Néanmoins pour le soutenir on appelle au secours de cette opinion Justinien lui-même : « *Cum enim lex in solis tantummodo rebus locum habebat quæ Italicæ fuerant et alienationes inhibebat quæ invitâ muliere fiebant, hypothecas autem earum etiam volente ;...* »

(*Institutes*, II. Tit. VIII, pr.) et ce point d'histoire est traité de la même façon au Code : « *Et cum lex Julia fundi dotalis Italici alienationem prohibebat fieri a marito non consentiente muliere, hypothecam autem nec si mulier consentiebat.* » (L. unique. § 15. C. *De rei uxor. act.*) Il est juste d'ajouter que dans sa paraphrase des *Institutes*, Théophile soutient la même doctrine, et justifie la disposition par ce motif qu'il y a plus de gravité à permettre l'hypothèque que l'aliénation, car dans l'aliénation la femme reçoit le prix, tandis que par l'hypothèque elle perd le tout sans compensation. Cet argument, pour ingénieux qu'il soit, ne nous paraît pas décisif. Ce qui ruine la femme c'est bien moins l'aliénation elle-même que la dissipation du prix, et elle souffrira autant et même plus de la dissipation immédiate du prix de la vente, que de celle des deniers empruntés, car la ruine est consommée dans le premier cas, elle n'est qu'éventuelle dans le second.

Cujas a soutenu la même thèse, il en a donné un motif célèbre : « *Ratio diversitatis hæc est, quia* » « *facilius mulier consentit obligationi fundi dotalis quam* » « *alienationi ; nam obligatio non mutat dominium rei,* » « *et nimiam facilitatem lex refrenare voluit.* » (1) et Vinnius a reproduit la doctrine du grand romaniste français, qui, jusqu'à ces derniers temps considérée comme une certitude, est maintenant l'objet de très vives critiques.

S'il est une opinion que nous tenons pour suspecte,

(1) Ad paragraph. ult. C. *De rei uxor. act.*

c'est bien celle de l'empereur Justinien. Il ne nous a pas habitué à une assez grande rigueur dans ses aperçus historiques pour nous inspirer grande confiance. Dans les textes mêmes où il affirme si doctoralement la prohibition d'hypothéquer au nom de la loi Julia, il manifeste sur une autre question une assurance démentie par ses aînés. Il lui semble incontestable en effet, que la défense d'aliéner au temps d'Auguste protégeait exclusivement les fonds italiques, non les fonds provinciaux. Or que dit Gaius? «*quodquidem jus utrum an italica tantum prædia, an etiam ad provincialia pertineat dubitatur.*» Les rédacteurs des Institutes qui rapportent l'opinion de Gaius n'ont supprimé qu'un mot, *dubitatur*, cela suffit pour nous donner la mesure du degré de confiance qu'il peuvent inspirer.

L'opinion de Justinien n'est donc pas à retenir; mais il reste un texte plus embarrassant. C'est la loi 4 que nous avons déjà citée. D'après elle la loi Julia défendait d'*obligare* ou d'*alienare* le fonds dotal.

Nous nous poserons à cet égard deux questions : Le texte du Digeste a-t-il été rapporté scrupuleusement? Le mot *obligare* se réfère-t-il à l'hypothèque ou bien n'aurait-il pas un sens absolument étranger à cette hypothèse?

Sur la première question il est permis de douter. La loi 4 est empruntée à Gaius, et nous venons de voir avec quel sans- façon était traité un autre texte des Commentaires. Il est bien permis de se demander s'il n'en a pas été de même en cette circonstance. Gaius (*Comment.* II, § 63) et Paul (*Sent.* Liv. II, tit. XXI B,

§ 2), ne parlent que d'*alienatio* non d'*obligatio* et cette omission serait au moins singulière. M. Demangeat (1) admet à la rigueur que l'on écarte l'argument tiré du silence de Gaius, car le paragraphe 63 n'a pour but que de donner un exemple de la règle posée au paragraphe précédent « *Accidit aliquando, ut qui dominus sit, alienandæ rei potestatem non habeat.....* » et il a choisi son exemple dans la loi Julia, il n'avait donc pas à s'occuper de l'hypothèque. Mais, comme le dit le regretté professeur de Pandectes, Paul s'occupait de la dot en général, et s'il y avait eu, en outre de la prohibition d'aliéner, une prohibition d'*obligare*, il n'eût pas manqué de le signaler, car la rigueur plus grande de la loi pour l'hypothèque que pour l'aliénation demandait une explication.

Mais en admettant qu'il n'y ait pas eu d'interpolation dans la loi 4, c'est surtout sur le deuxième point que l'on n'est pas d'accord. Un savant romaniste allemand, M. Bachofen (2), qui le premier souleva la question, se demande quel peut être le véritable sens du mot *obligare*. Certes, dit-il, il ne peut être question d'hypothèque, ni même de *pignus* avec droit de vendre la chose à l'échéance, car, ni l'hypothèque, ni le *pignus* avec droit de vente n'existaient à Rome au temps d'Auguste. Mais le terme d'*obligatio* a, dans la langue romaine, un sens spécial et technique ; il s'agit de celui qui, en se portant fermier de l'impôt, avait dû dresser devant le *quæstor ærarii* un acte dans lequel il

(1) *Op. cit.*, p. 211.

(2) Das roemische Pfandrecht, n° IX.

désignait les *prædia* qui garantissaient sa solvabilité. Cette simple désignation suffisait à obliger les *prædia* compris dans l'acte : « *Bona eorum qui cum fisco contrahunt..... velut pignoris jure fisco obligantur : non solum ea, quæ habent, sed ea quoque, quæ postea habituri sunt* (1). » Gaius prévoit aussi le cas où « *rem obligatam sibi populus vendiderit* » (Comm. II, § 61). Tel est au temps de Gaius le sens du mot *obligatio*.

L'explication est originale, est-elle bien sûre ? Remarquons que le monument de Vérone fort incomplet, qui sert de point de départ à cette argumentation est mutilé, dans sa partie la plus intéressante. Du mot *obligantur* on a deux lettres, la première et la dernière, c'est peu. On peut citer il est vrai d'autres textes : la loi 15 *De dote prælegata*, où Gaius parle de *res pignoratæ vel in publicum obligatæ*, mais l'acception toute spéciale dans laquelle est pris l'adjectif *obligatus* n'exclut pas les autres sens bien plus généraux. En tous cas, comme le fait remarquer M. Demangeat, en admettant l'exactitude de ce point de linguistique, elle n'expliquerait pas le silence de Gaius dans ses Commentaires et de Paul dans ses sentences. On pourrait encore objecter à M. Bachofen que le mari n'obligeait pas ses biens à la dette, que cette obligation se produisait de plein droit ; qu'étant tenu d'indiquer tous ses biens il ne pouvait sciemment en omettre, et que la défense, si défense il y avait, aurait dû porter non sur

(1) Pellat, *Manuale juris synopticum*. Fragm. de jure fisci n° 5, p. 850.

l'obligation, conséquence d'un fait nécessaire, mais sur le fait même de se porter débiteur de l'Etat, ce que ne dit pas Justinien.

S'il faut une explication au terme *obligare*, nous hasarderons la suivante, que nous soumettons à la bienveillante appréciation de nos juges. *Alienare* ne viserait-il pas la transmission immédiate de la propriété, la translation matérielle et juridique de la chose, tandis que *obligare* ne serait que la promesse de transférer la propriété? Expliquons-nous : dans l'aliénation on transmettrait un *jus in re*, dans l'obligation on ne donnerait qu'un *jus ad rem*. Ce qui paraît ajouter à la vraisemblance de notre explication, c'est l'espèce même de la loi 4. On suppose le cas, non d'un mari, mais d'un fiancé transmettant ses droits sur la chose. Or, quels droits peut concéder le mari? Il est propriétaire et possesseur, il peut donc aliéner par *mancipatio*, *traditio* ou *in jure cessio*; au contraire, le fiancé le plus souvent n'a pas reçu la tradition de la chose dotale, il ne saurait donc l'opérer à son tour; c'est là un obstacle matériel, il ne pourra céder que ce qu'il a reçu en vertu de la *promissio dotis*, un *jus ad rem*. Il s'obligera à compléter cette cession quand il sera devenu possesseur, lorsqu'il en aura reçu la *traditio*. C'est son droit personnel qu'il cède, et c'est ce droit personnel que Gaius, si la loi 4 est fidèlement rapportée, lui défend de céder tout aussi bien que le droit réel, car l'effet serait le même; dans les deux cas il devrait se dessaisir du bien dotal. Si notre explication est juste la loi 4 se suffit à elle-même, *obligatio* expli-

que un cas particulier d'aliénation, la promesse de transférer le droit intégral de propriété quand on l'aura obtenu, et, si l'on demande pourquoi Gaius n'en parle pas dans ses Commentaires, nous répondrons que c'est peut-être parce que comme il y prévoit le cas d'un propriétaire qui ne peut pas aliéner, c'est-à-dire faire la tradition, il n'avait pas à s'inquiéter du cas du fiancé qui n'est pas encore propriétaire, puisqu'il ne le sera que *si nuptiæ sequantur*, et que, suivant les prévisions les plus vraisemblables, on n'a pas dû lui remettre matériellement le bien dotal avant que la femme ne soit entrée sous son toit. De même, si Paul dans ses sentences ne s'explique pas sur cette *obligatio*, c'est qu'il suppose le cas d'un mari généralement posseur pouvant donc *alienare* (1).

Nous résumerons nos deux arguments historique et philologique en disant que l'hypothèque étant presque certainement inconnue à Rome au temps d'Auguste la loi Julia n'a pas dû la prévoir, et que le seul texte qui parle d'engagement des biens dotaux, le fait dans des termes au moins obscurs et douteux, si ces termes n'ont pas été l'objet d'une interpolation, rendue vraisemblable par la suffisance et les habitudes connues des compilateurs du Digeste.

Il n'en reste pas moins certain que la défense d'hy-

(1) Toutefois nous devons confesser un scrupule sur le sens que nous donnons au mot *obligare*. Nous traduisons en effet *obligare rem* par s'obliger à donner une chose, ce qui devrait s'écrire *obligare personam*. Mais nous ne faisons que proposer une explication sans prétentions à une rigoureuse certitude.

pothéquer le fonds dotal a dû exister avant Justinien. Il y a exagération de la part des Commissaires de l'Empereur à lui prêter une existence presque six fois séculaire, mais elle est certainement antérieure aux Institutes. Si Justinien eût innové, il n'eût pas manqué de s'en vanter dans une de ses incidentes familières « *quod nos legem Juliam corrigentes, . . .* » Cette défense est-elle sortie par voie d'interprétation de la loi Julia? Nous ne le croyons pas, par la raison énoncée plus haut que le caractère d'exception de ce texte ne permettait pas l'interprétation extensive, au point de dépasser la limite des prohibitions qui ne protégeaient la femme que contre son inertie, non contre sa propre faiblesse. On ne trouve mentionnée au Digeste aucune disposition relative à l'engagement des biens dotaux, c'est donc à la jurisprudence qu'il faut attribuer la règle nouvelle.

M. Demangeat, dont la puissante analyse nous est précieuse, propose de cette origine l'explication suivante. C'est au Senatus-consulte Velleïen qu'il faut rattacher l'interdiction d'hypothéquer. En effet, pour faciliter le crédit de son mari, la femme consentirait à l'hypothèque, ce qui équivaldrait à renoncer à exercer son action en revendication contre les créanciers hypothécaires; or cette renonciation est une véritable *intercessio*, comme telle frappée d'interdiction et de nullité par le S. C. Velleïen. La femme qui adhère à l'hypothèque de son bien dotal s'expose tout autant que celle qui consent une hypothèque de son paraphernal, *mulier se facilius obligat quam*

alieni donat.» (L. 1, Dig. Ad. S. C. Vellei.) On dut assimiler les deux cas.

Cette opinion est très séduisante, et de toutes, nous satisfait le plus, d'autant qu'elle explique la défense d'hypothéquer « *etiam volente ea.* » Tandis qu'on se demanderait, sans elle, pourquoi la loi Julia s'est montrée plus sévère pour l'hypothèque que pour l'aliénation. Il faudrait recourir à la justification un peu téméraire de Théophile et de Cujas.

Comme corrolaire, M. Demangeat pense que si l'hypothèque avait été destinée à garantir une dette de la femme elle ne serait pas annulable, car il n'y aurait de la part de la femme aucune *intercessio* en faveur de son mari. Il pense aussi que l'hypothèque serait valable toutes les fois que le créancier aurait été de bonne foi, c'est-à-dire quand la femme aurait cherché à le tromper en lui cachant la véritable nature de son intervention, car, dit l'Empereur Alexandre dans un rescrit rendu spécialement en matière de gage et d'hypothèque : « le Sénatus-Consulte a eu en vue la protection de la faiblesse et non la ruse des femmes. » (L. 5, C. Ad. Sen. Cons. Vellei.) Les déductions de notre auteur sont peut-être exactes, à coup sur elles sont logiques, mais purement conjecturales.

M. Sincholle qui admet l'opinion de M. Demangeat renchérit encore sur elle. Si c'est de l'impossibilité

d'intercéder pour leur mari que découle la prohibition :
 « pourquoi le consentement de la femme n'aurait-il pas
 « été frappé d'impuissance par l'édit d'Auguste, qui
 « vint défendre aux femmes de se porter cautions
 « pour leurs maris, « *ne pro viris suis intercederent*, »
 « (Ulpien L. 2. pr. Dig. *Ad. Sen. Cons. Vellei.*) n'est-il
 « pas vraisemblable que l'idée de cet édit reçut son
 « application et passa dans la loi Julia (1)? » Nous
 avons indiqué la réponse, c'est que la loi Julia ne
 pouvait pas devancer les mœurs et prévoir un danger
 qui n'existait pas encore, celui de l'hypothèque, et
 que si la prohibition eût existé à cette époque les
 textes de la période classique en feraient mention.

La défense d'aliéner le fonds dotal est-elle générale
 et s'applique-t-elle également à tous les immeubles ?
 Justinien aux Institutes se flatte d'apporter une amé-
 lioration à la loi Julia, en étendant aux fonds provin-
 ciaux la prohibition qui, à l'origine, était restreinte aux
 fonds italiques. (*Inst.* Liv. II, tit. VIII, pr.) Mais, nous
 l'avons dit, c'est probablement une affirmation comme
 il en est tant échappé de la plume de ses Commissai-
 res. Ce qui nous met en garde, c'est d'abord l'hésita-
 tion de Gaius lui-même (*Comm.* II, § 63), puis la
 formule générale de Paul, qui place sous le coup de
 la prohibition le *dotale prædium*, sans dire de quelle
 sorte de fonds il s'agit (*Sent. recept.* Liv. II, tit. XXI, B,
 § 2), et enfin le Commentaire d'Ulpien (L. 13, pr. Dig.

(1) *De l'inaliénabilité du fonds dotal en droit romain et en droit français.* p. 31.

De fund. dot.) qui définissant l'expression *dotale prædium* a dû faire porter son interprétation sur le terme employé par le législateur. Si *dotale prædium* est l'expression de la loi, il ne peut être question de distinguer entre les fonds italiques et les fonds provinciaux (1).

Ce qui est bien certain, c'est qu'il importe peu qu'il s'agisse d'une maison ou d'un fonds de terre « *Dotale prædium*, dit Ulpien, *accepere debemus tam urbanum quam rusticum : ad omne enim ædificium, lex Julia pertinebit* » (L. 13, précitée). L'expression *fundus dotalis* a d'ailleurs le même sens (Ulpien, L. 198, et Florentinus, L. 211. Dig. *De verb. signif.*, et Ulpien, Loi 60, *eod. Tit.*)

Peu importe aussi que la dot consiste en une part indivise d'un fonds, ou porte sur sa totalité ; elle n'en est pas moins inaliénable (L. 13, § 1. Dig. *De fund. dot.*) Ce texte il est vrai se sert du mot *pars* sans qualificatif, mais Ulpien (L. 6, § 1. *Comm. præd.*) en fait une application qui ne laisse pas de doute sur le véritable sens de cette expression ; une part divise, dit-il, « *non est pars fundi, sed fundus* » et d'après Paul, telle était aussi la définition de Quintus Mucius (L. 25, § 1. *De verb. signif.*) Cette solution se comprend aisément.

Entendue dans le sens d'une division partielle, il est

(1) Pour M. Bachofen le *prædium* désigne un fonds italique. Cette traduction est difficilement conciliable avec le Commentaire II, § 63 de Gaius. Le but même de la loi Julia, qui était de favoriser les mariages, fait présumer qu'on dut lui donner le champ d'application le plus large possible. (*Ausgewählte Lehren*, p. 98, n° 51).

évident que l'aliénation est aussi bien défendue pour la partie que pour le tout ; pour les démembrements de la chose, comme pour la chose entière. Il s'ensuit que les servitudes actives ne doivent pas pouvoir être éteintes par le mari, et qu'il ne doit pas davantage lui être permis de grever le fonds de servitudes nouvelles. C'est en effet ce qui résulte de deux propositions de Julien contenues dans les lois 5, 6 et 7 (Dig. *De fund. dot.*) Sans distinction entre les servitudes personnelles et les servitudes réelles. Le mari ne pourrait pas plus concéder un droit d'usufruit qu'un droit d'aqueduc sur le fonds dotal, sans distinction également entre les servitudes de droit prétorien, comme l'emphytéose, celles du droit civil (1).

Le mari ne peut pas éteindre les servitudes appartenant au fonds, aussi bien celles qui y étaient attachées lors de l'apport, que celles acquises depuis, car c'est diminuer le fonds dotal, dont elle est devenue partie intégrante.

Il ne peut pas plus laisser éteindre par le non-usage les servitudes actives du fonds, qu'il ne pourrait les éteindre par sa volonté expresse ; car aliéner ou laisser prescrire c'est la même chose, dit Paul, dont nous avons plus haut rapporté la sentence (L. 28, pr. Dig. *De verb. sign.*) Ulpien est formel sur la question (L. 3, § 5. Dig. *De reb. eor.*)

Ce ne sont pas seulement les servitudes prædiales qui ne peuvent pas s'éteindre par le non-usage de

(1) Demangeat. *op. cit.* p. 230.

deux années. Les servitudes urbaines qui supposent de la part du propriétaire du fonds servant un fait actif pour arriver à l'affranchissement ne pourront pas être usucapées, cela parce que l'usucapion partielle n'est pas plus possible que l'usucapion totale. (L. 6, Dig. *De fund. dot.*)

Ce que la prescription ou le non-usage ne sauraient faire, la confusion le pourrait-elle? Ainsi, voilà un mari qui acquiert le fonds servant sur lequel le fonds dotal pouvait exercer sa servitude, sera-t-elle éteinte? Oui, répond Julien. En effet, les qualités de créancier et de débiteur se trouvent réunies dans la même main, et non seulement cette servitude est éteinte, dit Julien, (Loi 7, pr. *De fund. dot.*) mais elle ne revivra pas si la séparation vient à s'effectuer. Certes le mari pourrait stipuler cette résurrection de la servitude, s'il ne le fait pas, il en sera responsable envers la femme, mais le propriétaire du fonds servant est hors de cause, seulement, si le mari avait action pour rentrer dans la servitude, la femme pourrait l'exercer *utilitatis causâ*; mais, qu'on remarque que ce ne sera point l'action confessoire, *actio in rem*, mais une action personnelle par laquelle elle demandera au tiers de rétablir la servitude, sinon de payer une indemnité. La femme n'agit pas en effet comme elle le ferait envers un acquéreur, qui se serait passé de son consentement, car alors le mari est resté propriétaire, et c'est ce droit qu'elle exerce, tandis qu'ici elle ne saurait empêcher que cette servitude ne soit éteinte par confusion

puisqu'il n'y a pas eu d'aliénation, elle ne peut donc exercer l'action confessoire.

Il se peut que la confusion au lieu de provenir du fait du mari, acquéreur du fonds servant, provienne du fait même de la femme, qui apporte en dot à son mari un fonds créancier d'une servitude sur celui du mari. En ce cas la servitude sera-t-elle éteinte par confusion, de telle sorte qu'à la dissolution du mariage la femme ne puisse reprendre son bien que dépouillé de la servitude? Nullement, car la restitution serait incomplète; aussi la loi 7, § 1. (Dig. *De fund. dot.*) nous apprend-elle que le juge pourra ordonner que le fonds ne soit rendu à la femme où à son héritier qu'après son rétablissement. Cela tient au caractère d'action arbitraire de l'action *rei uxoriæ*: rétablissez la servitude dira le juge, sinon vous devrez telle indemnité, et si le mari a commis un dol, la femme fixera elle-même, sous serment, le montant de cette indemnité.

Logiquement il faudrait appliquer aux servitudes personnelles ce que nous avons dit des servitudes réelles. Nous avons professé que le mari ne pouvait pas plus concéder un droit d'usufruit que toute autre servitude sur le fonds. Cependant dans les lois romaines l'assimilation n'est pas complète, ce qui se comprend d'autant mieux, qu'au point de vue de leur extinction, les servitudes personnelles sont bien plus fragiles que les servitudes réelles. On admet sans difficulté que la confusion mettra fin à l'usufruit, même l'extinction par le non-usage sera possible (L. 78. §. 2, Dig. *De jure dot.*). *Quid* de l'*in jure cessio*? M. Demangeat admet la possibilité de ce mode d'extinction de l'usufruit, car, il

faut placer sur la même ligne les deux sortes de servitudes, réelles et personnelles. Or pour les premières, il y a corrélation parfaite entre l'*in jure cessio* et le non-usage, (Paul, L. 28, pr. *De verb. sign.*) l'un des modes étant possible lorsque l'autre l'est, et inversement. La perte du droit d'usufruit s'effectuant *non utendo*, s'effectuera aussi par l'*in jure cessio* (1).

Arriver à des conclusions différentes par voie d'assimilation est aussi ingénieux qu'inattendu, mais ce raisonnement nous satisfait médiocrement. Son auteur posant en principe le parallélisme absolu des deux matières pour leur faire application de règles différentes, nous semble tomber en contradiction avec lui-même. Car, si les règles sont différentes, cela d'après sa propre justification, parce que leurs objets n'ont pas la même fragilité, c'est donc que la corrélation n'est pas aussi parfaite qu'il avait prétendu. Sa seconde prémisse est la négation de la première.

Nous croyons au contraire que l'*in jure cessio* devait être défendue. La règle c'est la prohibition, l'exception la liberté d'aliéner. L'*in jure cessio* est une aliénation, elle doit donc être proscrite, et l'exception admise pour le non-usage ne saurait s'y étendre. Quant à invoquer la loi 28 c'est, comme nous l'avons dit, aller chercher la règle en dehors du sujet. Le complément d'explication de notre auteur ne nous ébranle pas davantage ; il repose sur la terminologie de la loi Julia,

(1) *op. cit.* p. 262.

qui ne parlant que de *prædium* ou de *fundus*, ne devait pas comprendre dans ses prévisions l'usufruit désigné par d'autres mots dans la langue romaine. Rien n'est moins certain. L'usufruit est une partie du fonds comme la servitude réelle. La servitude réelle n'est pas appelée *fundus* ou *prædium*, et cependant son *in jure cessio* est interdite, pourquoi pas également celle de l'usufruit ?

Une autre conséquence que l'aliénation partielle n'est pas plus possible que l'aliénation totale est déduite par l'empereur Gordien (an 241, après J.-C.), dans un rescrit qui forme la loi 2 au Code (*de fundo dotali*), et qui défend au mari de provoquer le partage d'un bien dotal dont il serait copropriétaire indivis avec un tiers. Cette décision cadre bien avec les idées romaines, d'après lesquelles chacun des copartageants aliène, par un véritable échange, son droit indivis contre un droit divis.

Si le mari s'était trouvé, avant le mariage, copropriétaire par indivis avec la femme, du fonds dont celle-ci lui apporte plus tard en dot la portion indivise, qui manquait à l'intégrité de son droit, il ne pourrait pas davantage intenter l'action en partage. La raison est différente, c'est qu'il est par le mariage devenu propriétaire du tout, et que par suite il n'y a pas indivision.

De toutes les applications que nous venons d'indiquer la loi 3, § 1 (Dig. *De fund. dot.*) donne une formule assez satisfaisante en disant que : « *Toties*

autem non potest alienari fundus, quoties mulieri actio de dote competit aut omnimodo competitura est. » C'est dans l'intérêt de la femme qu'a été introduite la défense d'aliéner, il faut donc que cette aliénation lui soit préjudiciable pour qu'elle puisse en invoquer la nullité. C'est ainsi que serait valable l'aliénation, si la dot avait été stipulé restituable non à la femme, mais à un tiers, au donateur par exemple (1).

Les conséquences à tirer du texte que nous venons de citer sont nombreuses :

Première Conséquence. — Il faut qu'il s'agisse d'un bien dotal. En effet, s'il s'agissait d'un paraphernal, l'aliénation serait nulle, non en vertu de la loi Julia, mais comme vente de la chose d'autrui. Nous ne rechercherons pas dans quel cas un bien est dotal, mais en analysant la proposition de Paul, nous voyons qu'elle suppose une aliénation postérieure au mariage, ou du moins à la constitution de dot, car, faite avant le mariage, elle porterait sur un bien qui ne pouvait être dotal, la dotalité étant subordonnée à la condition *si nuptiæ sequantur*. C'est à ce moment seulement que la propriété est acquise définitivement au mari et par suite dit Ulpien (L. 13, § 2. Dig. *De fund. dot.*), que commence l'inaliénabilité.

Cependant Gaius dans un autre texte que nous avons déjà cité (L. 4. Dig. *De fundo dotali*) est d'avis

(1) Glück, *Ausführliche Erläuterung*, t. xxiv, p. 159, note 82 ; Bachofen, *Ausgewählte Lehren*, p. 92 ; Demangeat, *op. cit.*, p. 197.

que la loi Julia doit s'interpréter assez largement pour qu'elle s'applique aussi bien au fiancé qu'au mari. En, effet le même besoin de protection se fait sentir dans les deux cas, et, si l'on admet l'opinion que nous avons émise en traitant la question de l'hypothèque du fonds dotal, Gaius voudrait dire que non seulement le fiancé ne pourrait pas aliéner le fonds dotal, mais encore s'obliger à en transférer la propriété quand la tradition lui en aura été faite.

Ce dernier texte doit s'entendre en ce sens que l'aliénation n'est pas possible entre le jour des fiançailles et celui du mariage, mais il suppose que le mariage a suivi, car sans cela il n'y aurait pas de dotalité du tout. Le mari n'a même jamais été propriétaire. Ce droit était soumis à l'événement d'une condition, le mariage, qui ne s'est pas réalisée, et par suite, ne s'est jamais constitué sur sa tête.

C'est en résultante de cette idée que l'usucapion du fonds dotal commencée par un tiers, avant le mariage, s'achèvera utilement durant le mariage. En effet, la qualité du titre invoqué par le possesseur s'apprécie au moment de son entrée en possession. Il était à l'origine *in justâ causâ usucapiendi*, puisque le fonds n'était pas encore dotal, et ne pouvait pas être imprescriptible ; cela suffit pour que le possesseur continue utilement sa possession. (L. 16, Dig. *De fund. dot.*) Toutefois, si la constitution avait été faite avant le mariage, c'est au jour de cette constitution que devrait, en vertu des principes déjà connus, se placer le point de départ de cette imprescriptibilité.

Deuxième Conséquence. — Il ne faut pas que le fonds dotal ait été estimé, sinon la loi Julia ne s'appliquerait pas. La règle, c'est qu'*æstimatio facit venditionem*. (Ulpien. L. 10, § 4, Dig., *De jure dot.*) En conséquence, le mari est censé avoir acheté la chose, qui ne lui appartiendra pas à titre de dot, mais à titre de vente. Le droit à la chose sera transporté sur le prix, c'est le prix qui est dotal, la femme ne se trouve donc plus dans les conditions posées par Paul à la loi 3. § 1. (*De fund. dot.*) Cela est tellement vrai que si le mari est évincé il agira par l'action *ex empto* ou *ex stipulatu duplici*, les actions de l'acheteur au cas de vente, (Ulpien. L. 16, Dig. *De jure dot.*) et que s'il a reçu seulement la tradition d'une chose *municipi* ou si cette tradition lui a été faite par un *non dominus*, son usucapion se fera non *pro dote*, mais *pro emptore*. (Paul, *Frag. Vat.* § 3.)

On aurait pu arriver au même résultat sans recourir à la fiction d'Ulpien, car la règle *æstimatio facit venditionem* qui se comprend en matière de dépôt, par exemple, parce que sans elle le dépositaire ne serait pas devenu propriétaire, se comprend moins ici, où le mari le devient par le seul effet de la constitution de dot. Il aurait suffi de considérer l'estimation comme contenant de la part de la femme un consentement tacite à l'aliénation, mais telle n'a pas été l'idée romaine.

Quoiqu'il en soit, il est bien certain que la chose apportée en dot avec estimation n'est pas dotale, que ce qui est dotal, c'est la somme qui la représente,

et cette somme est régie par les règles relatives aux meubles dotaux parfaitement aliénables.

Toutefois l'estimation n'est pas un obstacle absolu à l'application de la loi Julia. Il peut arriver en effet que tout en faisant estimer la chose, la femme se réserve le droit de la reprendre en nature. Une pareille estimation, disent les interprètes, n'a d'effet que *taxationis causa* (1), de fournir une évaluation de la somme à restituer au cas où la restitution ne pourrait pas se faire en nature. La vérité c'est qu'il s'agit toujours en ce cas d'une interprétation de volonté. Comme la règle qu'*æstimatio facit venditionem* est un principe général, dans le doute, c'est elle qu'on appliquera. Si la femme s'est réservé formellement son droit de reprise en nature, cette convention n'aura pour effet que de substituer la volonté des parties à l'*arbitrium* du juge, au cas de perte. La créance de la femme portera facultativement, au gré de la femme, sur la chose ou sa valeur, mais ce qui est *in obligatione solutionis* pour le mari, c'est la dot elle-même ; de sorte que le caractère de son obligation principale empêche qu'il puisse aliéner. Tel est l'avis de Papinien. (L. 9. § 7, Dig. *De jure dot.*) « *Cum res in dotem æstimatas soluto matrimonio, reddi placuit, summa declaratur, non venditio contrahitur : ideoque, rebus evictis, si mulier bona fide eas dederit, nulla est actio viro, alioquin de dolo tenetur.* » C'est encore ce qu'exprime formellement Africain : l'estimation ne lève pas l'interdiction de la loi

(1) Vinnius, Inst., pr., *Quib. alien. licet.*

Julia lorsque le choix appartient à la femme, la dot devient libre, si le choix appartient au mari. (L. 11, Dig. *De jure dot.*) Les conséquences sont inverses de celles déduites dans l'autre hypothèse. L'action en délivrance de la dot sera une *condictio*, ou l'action *de dolo* (1), suivant les cas et non l'action *ex empto*

Troisième Conséquence. — Pour que la femme puisse se réclamer de la loi Julia, elle ne doit pas avoir adhéré à cette aliénation. Son consentement équivaut en effet à une renonciation tacite de recouvrer contre les tiers. « *Lege Julia de adulteriis cavetur ne dotale prædium maritus invita uxore alienet* » (Paul, *Sent. recept.* Lib. II, Tit. XXI, B, § 2).

Pour valider l'aliénation il est donc nécessaire que la femme y ait donné son consentement. Il n'est pas nécessaire qu'il intervienne au moment de l'aliénation; puisque donné après coup il la ratifie. Scævola interrogé sur le point de savoir quelle chose doit être rendue à la femme répond: la dot même si « *neque volente, neque ratum habente muliere venissent.* » (L. 50, Dig. *Sol. matrim.*) C'est en quoi le consentement de la femme diffère de l'*auctoritas* du tuteur (2).

Qu'importe en quelle forme il est donné; qu'il soit exprès ou tacite. Pour le désigner les textes se servent très généralement du mot *voluntas*. Paul, comme

(1) La *condictio* au cas de *dictio* ou *promissio dotis*, l'action *de dolo*, quand il y aura eu simple tradition. Mais en ce cas le mari évincé devra faire la preuve de la mauvaise foi du *tradens*.

(2) V. Gaius L. 9 § 3, Dig. *De auct. et cons. tut.*; et *Inst. Just.* I. 21 § 2.

nous venons de le voir, dit même que l'aliénation n'est défendue que *invitâ uxore*, ce qui pourrait fait croire que le silence de la femme vaut un consentement expressément formulé. Non, car la loi Julia eut le plus souvent manqué son but. Comment constater les protestations de la femme au moment de l'aliénation ? La ratification reconnue par les textes présuppose d'ailleurs la nécessité d'une intervention active et non d'une simple inaction.

Quand ce consentement a été obtenu, la puissance du mari s'est trouvée complète, et l'aliénation a pu se faire non seulement à titre onéreux, mais encore à titre gratuit (1).

En défendant l'aliénation, sans le consentement de la femme, la loi Julia ne pouvait viser et ne visait que l'aliénation volontaire. Tel était son but. Il s'agissait de protéger la dot contre les dilapidations du mari, si l'aliénation avait lieu sans son fait ou contre son gré on ne pouvait l'empêcher. Comment prohiber ce que la loi ordonne ? Aussi les aliénations nécessaires restaient-elles en dehors de la loi Julia. Par exemple, le fonds dotal menace ruine, le voisin pourra être envoyé en possession, à défaut par le mari de fournir la *cautio damni infecti*. (L. 1. pr. Dig. *De fund. dot.*) Ainsi encore, le mari dont la propriété sur le fonds dotal était indivise avec un tiers, ne pourrait se soustraire à l'action en partage intentée contre lui.

(1) Demangeat, *op. cit.* p. 207.

(L. 2. C. *De fund. dot.*) Nous avons vu, au contraire, qu'il ne pourrait pas l'intenter. C'est que, obligé de la subir, il est libre de ne pas la provoquer. De même encore, lorsque le mari revendique le fonds dotal contre un possesseur qui résiste à l'ordre du juge, dans l'opinion qui n'admet pas que la *manus militaris* puisse venir au secours du gagnant pour triompher de l'obstination du défendeur, il faut bien considérer l'aliénation comme définitive (1).

Nous passerons toutes ces questions, qui sont étrangères au droit du mari sur la dot, puisqu'elles supposent des faits se consommant sans sa participation ou même contre sa volonté. Nous négligerons, pour la même raison, de parler de l'*alienatio per universitatem* affranchie comme l'*alienatio necessaria* de la prohibition de la loi Julia.

Le but de la loi Julia était de prohiber l'aliénation du fonds dotal. Pour qu'elle fût efficace, la sanction devait être la nullité de l'opération faite en contravention de ses prescriptions. Le mari n'ayant pas pu transférer la propriété, la conséquence doit être qu'il peut revendiquer le bien dotal. Nous disons le mari, car lui seul est propriétaire, à lui seul compète la revendication. Pourra-t-il agir durant le mariage ? Oui évidemment, car s'il est propriétaire c'est surtout pendant

(1) M. Van Wetter, *Cours Élémentaire de droit romain*. Gand 1882, admet encore la possibilité de l'aliénation quand l'échange est avantageux ou que la vente a une cause honnête. p. 175. Mais c'est une opinion bien isolée.

le mariage. On pourrait objecter que la loi Julia a disposé dans l'intérêt exclusif de la femme. Nous répondrons que la femme a intérêt à voir son mari rentrer le plus tôt possible dans la possession du bien dotal. Elle peut craindre qu'on ne le dégrade, puis les revenus du bien servent à l'entretien de la maison. Cette solution est absolument certaine au cas où la dot éte stipulée restituable. Quand il n'y a pas de pacte, il peut arriver que le mari garde la dot ; même alors la revendication est possible, car la femme a toujours un droit éventuel à la restitution, (si elle est répudiée) ce qui suffit à fonder la protection de la loi Julia. Seulement si la femme venant à mourir *in matrimonio* le mari gardait la dot, le tiers acquéreur pourrait agir contre lui, ou se maintenir en possession s'il ne s'est pas dessaisi. (L. 42. Dig. *De usurp. et usucap.* LL. 13 § 3. et 17, Dig. *De fund. dot.*)

Maintenant que nous croyons avoir suffisamment déterminé les pouvoirs du mari en ce qui concerne l'*abusus*, une question se pose tout naturellement : quel est droit de la femme ? Nous avons vu qu'elle n'avait pas un droit de propriété qui serait incompatible avec cette même qualité chez son mari, a-t-elle alors un droit de créance ? M. Gide (1) fait remarquer que s'il en était ainsi les textes en feraient mention, qu'on y trouverait au moins le mot *obligatio*, qui non seulement n'y est pas, mais qui semble avoir été

(1) *Du caractère de la dot en dr. rom.* REVUE DE LÉGISLATION ANCIENNE ET MODERNE ; année 1872, p. 121 et suiv.

évité, et nous croyons que l'éminent professeur de la Faculté de Paris a raison lorsqu'il dit que son droit n'est pas formel et précis. C'est un droit éventuel à restitution, un avantage plutôt moral que pécuniaire puisque la *media capitis deminutio* qui résulte de la déportation ne s'oppose pas à l'exercice de l'action pour l'avenir (L. 5, § 1. Dig. *De bonis damn.*) Il lui donne les mêmes caractères que l'action d'injures, personnelle et laissant au juge des pouvoirs exceptionnels. Cependant, il convient de remarquer qu'au cas de dot estimée purement et simplement, le droit de la femme serait évidemment un droit de créance.

Laissons de côté l'action *rei uxoriae* qui concerne plutôt les droits de la femme après la dissolution du mariage que pendant le mariage.

Durant le mariage, la femme a peu de droits, le mari étant souverain maître de la dot. Depuis la loi Julia, elle a, il est vrai, acquis une certaine indépendance. On peut même dire qu'elle a voix délibérative dans certaines opérations du mari, puisqu'elle doit parler à la vente de son bien. Néanmoins, son rôle est plus qu'effacé; en dehors d'un certain nombre d'hypothèses assez rares, où elle pourra intervenir personnellement, et dont nous avons passé en revue quelques-unes, elle est spectatrice muette de l'administration maritale.

Pourrait-elle revendiquer le bien dotal aliéné par le mari sans son consentement? Non certainement pendant le mariage, il y aurait conflit entre elle et le seul propriétaire. Mais à la dissolution du mariage rien ne s'oppose à ce qu'elle l'exerce *utilitatis causâ*. Si elle

ne le pouvait pas, la loi Julia serait dépourvue d'effet; puis les principes ne le défendent pas. (L. 77, § 5, Dig. *De llg.* 5°, conf. L. 13, § 3. *De fund. dot.*

§ 2. — *Jus fruendi.*

Le mari étant propriétaire du fonds dotal, il est logique et naturel que les fruits lui appartiennent, et c'est ce que dit un texte d'Ulpien inséré au Digeste : « *Dotis fructum ad maritum pertinere debere æquitas suggerit: quum enim ipse matrimomi subeat, æquum est eum etiam fructus percipere.* » (L. 7, pr. *De jure dot.*) La considération d'équité légitime la déduction logique, mais il n'était pas besoin de cette explication, car du moment que le mari était propriétaire, cette raison répondait à tout. Je crois que la rigueur du droit, plutôt que l'équité, a dû, quoi qu'en dise Ulpien, donner naissance au principe de l'acquisition des fruits.

Avant l'organisation de l'action *rei uxoriæ*, ce n'était pas seulement les fruits, mais le capital, que le mari acquérait dans le mariage avec *manus*, et il ne rendait rien. La réforme jurisprudentielle et coutumière a apporté une restriction à ce droit absolu, mais ne frappait que le capital, non les fruits; les anciens principes restant en vigueur à leur égard.

Peut-être pourrait-on dire que la règle d'Ulpien a de tout temps trouvé son utilité dans le mariage libre. Quand la femme n'avait pas constitué de dot elle

restait propriétaire de ses biens, les fruits devaient donc lui revenir, et pour les faire passer au mari ce n'était pas trop du puissant motif indiqué par le grand jurisconsulte classique. — Ce raisonnement manquerait d'inexactitude à son point de départ. En effet, Ulpien ne dit pas que les fruits des paraphernaux appartiennent au mari — et dans le mariage sans *manus* et sans constitution de dot, il n'y avait que des paraphernaux — mais bien que les revenus dotaux sont au mari, rien ne prouve donc que le mari ait jamais eu l'usufruit des biens hors de sa puissance, non plus que les revenus des paraphernaux. La maxime du Digeste n'est donc qu'une justification *a posteriori* d'une règle préexistante.

L'équité est si peu le fondement unique de l'acquisition des fruits que, s'il en était ainsi, cette acquisition devrait se limiter aux besoins du ménage, c'est-à-dire aux fruits consommés. Les fruits non consommés seraient conservés et ajoutés à la dot pour être rendus avec elle. Bien loin qu'il en soit ainsi, un texte de Scævola (L. 60, § 3. Dig. *De mand.*) nous apprend que lors même qu'il aurait été convenu entre le mari et le beau-père, que le mari aurait à sa charge l'entretien de la femme, le beau-père fournissant les intérêts de la dot, il n'aurait aucune action pour recouvrer ce qu'il soutiendrait n'avoir pas été consommé. C'est encore ce qu'on peut induire du § 1. de la loi 7. (Dig. *De jure dot.*) qui décide que les fruits perçus pendant le mariage ne font pas partie de la dot.

Mais la règle rapportée par Ulpien ne dut pas être

sans une influence considérable dans la pratique. Nous allons en voir une application.

A partir de quel moment le mari acquiert-il les fruits ? En logique rigoureuse il aurait fallu répondre à partir du jour de la constitution de dot. Au contraire, les textes, (Loi 7 *précitée*) disent que c'est seulement les fruits perçus pendant le mariage que gardera le mari, comme ne faisant pas partie de la dot, tandis que ceux perçus avant le mariage seront réunis à la dot, sauf convention contraire entre les futurs époux, car, ajoute Ulpien, en ce dernier cas, les fruits sont censés faire l'objet d'une donation. La loi 77. (Dig. *De jure dot.*) déduit du même principe une autre conséquence, c'est que, lorsqu'une femme à qui il est dû une somme d'argent avec intérêts épouse son débiteur et se constitue en dot ce que lui doit son futur mari, la dot ne comprendra pas les intérêts échus *depuis le mariage* ; en effet, le mariage a rendu le mari propriétaire des revenus « *ne diversa sententia fructum dotis ab oneribus matrimonii separet....* » dit Ulpien. (L. 11, Dig. *De pact. dotal.*) Force est donc bien de reconnaître qu'avec le temps la règle d'équité a tempéré la rigueur du droit.

Quand le mari reçoit une dot en propriété il garde les fruits, il semblerait donc, dit M. Pellat (1), que, lorsque c'est un droit d'usufruit qui a été constitué, il ne doive garder que les fruits des fruits, et non les

(1) *Textes sur la dot.*, p. 71.

fruits eux-mêmes, qui seraient restitués avec le fonds.

Pour nous, ce n'est pas notre avis ; nous trouvons plus rationnelle la décision d'Ulpien qui veut que la constitution de dot soit censée porter sur le droit d'usufruit et non sur les fruits à percevoir en vertu de ce droit, et par suite, que la chose à restituer au constituant soit le droit lui-même et non les fruits. (L. 7, § 2. *De jure dot.*)

Mais qu'entendre par fruits ? Faut-il suivre pour les déterminer les règles de l'usufruit et, considérer comme tels, seulement les produits susceptibles de se renouveler périodiquement ?

Le titre *De jure dotium* ne contient pas de *criterium* à cet égard, c'est donc ailleurs qu'il faut le chercher, par conséquent à défaut de dérogation expresse nous appliquerons les règles de l'usufruit. Toutefois, nous verrons que ces règles ne s'appliquent pas absolument à la matière, car les romains ne sont jamais arrivés à la conception du mari usufruitier du fonds dotal.

S'il fallait suivre les règles ordinaires de l'usufruit on devrait dire que :

1° Les produits des mines ou carrières étant réputés fruits lorsque ces mines étaient déjà en exploitation lors de la constitution de l'usufruit. (L. 9. § 2. *De usuf. et quemad.*) le mari acquiert sans être obligé à restituer ultérieurement les produits des mines ou carrières ouvertes avant la constitution de dot ;

2° Le mari devrait au contraire restituer tous les produits de carrières ou de mines ouvertes après la constitution de dot comme n'étant pas des fruits.

Or les textes contrarient au moins l'une de ces solutions.

A. — La première question que nous nous poserons est la suivante ; Le mari peut-il ouvrir une carrière pendant le mariage ? Oui évidemment puisqu'il est propriétaire. On objectera que, tout propriétaire qu'il est, il n'a pas le droit d'aliéner, et que l'ouverture d'une carrière a en vue l'aliénation des produits, accessoires qui ne devraient pas plus être vendus que le fonds lui-même. Il faut bien reconnaître que l'exploitation d'une carrière serait sans utilité, si les produits n'en étaient pas vendus. Mais, la loi Julia qui prohibe l'aliénation du fonds, ne défend pas sa transformation, alors surtout que cette transformation n'est qu'un acte souvent de sage administration ; puis, les produits étant meubles, peuvent être vendus comme nous le verrons. D'ailleurs les textes eux-mêmes prévoient le cas d'ouverture de carrière pendant le mariage, c'est donc que ce n'était pas défendu.

A qui seront les blocs extraits de la carrière ? Javolenus rapportant l'opinion de Labéon dit qu'ils sont au mari « *Vir in fundo dotali lapidicinas marmoreas aperuerat....* » (L. 18, pr. Dig. *De fund. dot.*) Il s'agit bien là de carrières ouvertes depuis le mariage, le verbe *aperire* est significatif. Ulpien émet dans des termes aussi exprès le même avis au titre *De soluto matrimonio*. (L. 7, § 13.) et le verbe *invenire* dont il se sert ne laisse pas de doute, car *invenire* c'est mettre au jour, comme l'inventeur qui découvre un trésor. Les blocs sont donc au mari. Cependant ce ne sont pas des

fruits, car, ajoute Ulpien, ils ne sont pas susceptibles de se reproduire « *quia nec in fructu est marmor, nisi tale sit, ut ibi renascatur.* » Comment expliquer une pareille solution aussi parfaitement contraire aux règles de l'usufruit surtout en présence du texte de Pomponius (L. 32. Dig. *De jure dot.*) qui considère comme dotal, et par suite sujet à restitution, l'argent provenant de la vente des pierres extraites du fonds dotal. Nous avons dit que les règles de l'usufruit étaient loin de servir de règle inflexible à l'attribution des revenus dotaux ; la maxime que là où sont les charges, là est le profit et peut-être l'unique justification de cette doctrine.

Cette doctrine est-elle au moins certaine ? Nous le croyons. Nous venons de citer deux textes. Que le mari soit propriétaire des blocs cela ne fait doute ni pour Ulpien, ni pour Javolenus. Dans la loi citée Ulpien ne se proposait pas pour but direct et principal de rechercher à qui sont les blocs, dans notre loi 7, il se demande quelles seront les impenses que le mari pourrait répéter lorsque la femme intenterait contre lui l'action *rei uxoriæ* ; il suffit pour s'en convaincre de lire le *præmium* de cette loi et son § 13 où, s'attachant spécialement aux frais d'exploitation d'une carrière, il se demande si le mari pourra se faire rembourser de ses dépenses : Non, car il n'a pas amélioré le fonds dotal, en ce sens qu'il n'en a pas augmenté les revenus. Les pierres ne sont pas en effet des revenus, puisqu'elles sont insusceptibles d'une reproduction périodique, si ce n'est dans certaines carrières comme en Gaule ou en Asie, et, incidemment, il tranche la question de la

propriété des blocs existant dans la carrière au moment de l'action *rei uxoriæ*. La propriété du mari était si évidente, si peu discutable, qu'il ne lui consacre qu'une incidente. Quant au motif, c'est sur la proposition principale qu'il porte, on comprend très bien en effet que le mari qui, seul profite de l'exploitation, ne puisse pas être admis à se faire indemniser de ses frais, ce serait recevoir des deux mains.

Javolenus examine également les deux questions. A qui sont les blocs? quelles impenses peut retenir le mari? Sur la première il rapporte sans la discuter l'opinion de Labéon: les pierres sont au mari. Sur la seconde il s'écarte de son maître. L'avis de Javolenus est donc plus réfléchi que celui d'Ulpien, mais ces deux témoignages sont formels.

Comment alors concilier ces textes avec la règle énoncée par Pomponius que le prix de vente est dotal, car, le prix ne peut-être dotal que si la chose qu'il représente l'était aussi, et, la chose étant dotale, devrait être restituée et n'appartiendrait pas au mari.

Si l'on pouvait entendre les expressions d'Ulpien et celles de Javolenus: les blocs sont au mari, «*sunt mariti*» dans le même sens que la dot en général est au mari, rien ne serait plus simple, car, de même que le mari propriétaire de la dot est obligé de la rendre, de même, propriétaire des extractions de minerai ou de pierres, il devrait en rendre compte. Les propositions formulées par nous seraient condamnées, et la question serait tranchée. Mais il est impossible d'admettre que tel soit le sens des expressions du texte. Notre titre ne s'occupe pas des effets de la constitution de dot, mais

du résultat de l'action *rei uxoriæ*, il s'agit de fixer ce que le mari devra rendre à la dissolution du mariage, et, après avoir réglé la restitution du principal, on examine les restitutions accessoires qui pourront être exigées du mari et les causes de compensation à ces restitutions. Quand le texte dit donc que tels ou tels accessoires sont au mari il faut entendre par là qu'il a le droit de les garder.

M. Demangeat (1) sans examiner spécialement la question, pense qu'il faut voir dans le texte de Pomponius l'hypothèse de pierres extraites avant la constitution de dot, ou même postérieurement, mais, en vertu d'une convention ne devant pas passer dans la propriété du mari.

Que dans ces hypothèses il en soit ainsi on n'en peut douter. Dans la première, les pierres étaient des meubles dotaux. dans la seconde une convention particulière pouvait parfaitement déroger au droit commun. (L. 8, pr. Dig. *De sol. matrim.*) Est-ce bien à ces hypothèses que se réfère le texte de Pomponius? Ce pourrait être à l'une d'elles, à la première. Qu'on remarque le langage du jurisconsulte. Il ne dit pas comme Ulpien ou Javolenus « *Si maritus invenerit.... et vendiderit...* » ou « *vir... lapidicinas... aperuerat..* » Mais : « *Si ex lapidicinis dotalis fundi lapidem, vel arbores, quæ fructus non essent, sive superficiem ædificii dotalis voluntate mulieris vendiderit; nummi ex ea venditione recepti sunt dotis.* » La logique est ainsi d'accord avec le texte, car la constitution de dot

(1) *Op. et loc. cit.*, p. 400.

comprenait le fonds avec ses accessoires. Seulement, tandis que le fonds était inaliénable, les accessoires, choses mobilières, pouvaient être vendus, sauf restitution du prix subrogé à la dot en nature.

Si tel est le sens à donner à notre loi 32, deux points sont désormais fixés : C'est que le produit des carrières ouvertes pendant le mariage appartient au mari, et que les produits extraits avant le mariage n'appartiennent au mari que sous réserve du paiement de la valeur.

B. — En supposant que le mari ait trouvé une carrière ouverte dans le fonds dotal, à qui appartiendront les extractions faites pendant le mariage ?

Les règles de l'usufruit conduisent ici à décider que les blocs appartiendront encore au mari. Le texte de Pomponius que nous venons de citer dit, d'une manière assez générale, que le mari ne restitue pas le prix des *fruits* vendus, or dans notre espèce les blocs sont des fruits. Sur les textes cités plus haut, nous pouvons faire observer que si celui de Javolenus précise son hypothèse par le mot *aperire*, exclusif de la nôtre, Ulpien est très général puisqu'il suppose que le mari (*invenerit*) a découvert des pierres, et peut s'appliquer dans les deux circonstances.

Les arbres appartiendront encore au mari lorsqu'ils auront le caractère de fruits. Cela quand ils auront été mis en coupe réglée avant la constitution de dot. C'est du moins ce qui semble résulter du § 12 de la même loi 7 (Dig. *De sol. matrim.*) qui attribue les coupes

des arbres au mari *pro portione anni*. Mais qu'ils viennent à tomber sous l'effort du vent, on les traite comme des produits dont le prix doit être restitué.

Le mari acquerra encore le prix de location du fonds dotal, entièrement si le mariage a duré un nombre exact d'années, au prorata de la durée du mariage dans la première et la dernière année, si les termes de location et les anniversaires de célébration et la dissolution du mariage ne coïncident pas. (L. 7, §§ 1, 2, 3, 4, 5, 6 et 11, *cod. tit.*)

Mais les acquisitions faites par l'esclave dotal n'étant pas des fruits, augmenteront la dot, dont elles suivront la loi. (L. 47. Dig. *De jure dot.*) Cependant il ne faut entendre ces acquisitions que de celles faite *ex re*, car le mari pouvant employer l'esclave à son usage personnel peut le louer; les acquisitions *ex operis servi* seront donc traitées comme des fruits.

Au surplus nous ne nous étendrons pas sur toutes ces questions qui ne doivent être réglées qu'après la dissolution du mariage, par suite étrangères à l'objet principal de notre étude.

§ 3. — *Jus utendi*.

Si le mari a le droit de jouir des choses dotales, d'en percevoir et conserver les fruits, à plus forte raison il peut s'en servir comme le ferait un usager, et ce droit

d'usage comporte comme un droit et comme un devoir l'administration de la dot.

Comme un droit, cela résulte des explications que nous avons déjà fournies. Comme un devoir, c'est la conséquence de l'obligation de restituer. Paul nous apprend que le mari est responsable de son dol et de sa faute, et que la diligence qu'on peut exiger de lui est la même que celle qu'il apporte à ses propres affaires; dans un langage plus moderne il est tenu de la *culpa levis in concreto*. (L. 17, Dig. *De jure dot.*) C'est ainsi qu'il est responsable du défaut de poursuites en temps utile du débiteur étranger de la dot, devenu depuis insolvable (Ulpien. L. 33. Dig. *De jure dot.*) Il est tenu de sa faute et non pas seulement de son dol, parce qu'il est intéressé à recevoir une dot; on le traite de la même manière qu'un associé. Il ne faudrait pourtant pas prendre l'expression à la lettre, il n'y a pas en effet à proprement parler société entre les époux, puisque le mari est seul propriétaire de la dot. Mais la dot a pour but de subvenir aux charges du mariage et à l'entretien de la femme, celle-ci a donc un intérêt actuel à la bonne administration du bien dotal; en constituant la dot la femme se confie au mari comme à un associé gérant une affaire commune.

Le mari ne répond que de son fait, il ne répond pas des cas fortuits. (Paul. *Frag. Vat.* § 101 et L. 58 § 1. Dig. *De jure dot.*) Les risques de hasard sont donc pour la femme. Plus exactement on devrait dire que la dot périt pour le mari propriétaire, mais que le caractère de bonne foi de l'action *rei uxoriæ*, qui n'a été donnée contre le mari que pour l'empêcher de s'en-

richir aux dépens de sa femme, fait ici obstacle à toute action, ou du moins permet de paralyser cette action par une exeeption.

Toutefois, si les choses totales ont été estimées, le mari est tenu de rendre même la dot périe fortuitement, car il a pris l'obligation de restituer, non la dot, mais sa valeur. (L. 10. Dig. *De jure dot.*) même solution au cas où la dot consisterait en choses fongibles; (L. 42. Dig. *De jure dot.*) en effet *genera non pereunt*. C'est d'ailleurs équitable, car le mari profite seul des accroissements de la dot estimée (L. 18. Dig. *De jure dot.*) tandis qu'il doit rendre ceux des fonds non estimés (L. 10. § 1. *De jure dot.*)



CHAPITRE II

DROITS DU MARI SUR LES MEUBLES

§ 1. *Jus abutendi*

A l'origine, comme nous l'avons vu, les pouvoirs du mari étant absolus, s'exerçaient avec la même énergie sur les meubles et les immeubles. Mais quand sous Auguste la loi Julia vint restreindre ces pouvoirs et défendre l'aliénation de la dot, cette prohibition s'appli-

qua-t-elle aux meubles dotaux ou bien fut-elle spéciale aux immeubles ? Nous croyons que les meubles furent en dehors des prévisions de la loi nouvelle.

Ce qui nous le fait penser, c'est l'expression même de *prædium dotale* employée par Gaius au Commentaire II, § 63, que nous avons déjà rapporté ; c'est aussi le titre du Digeste *de fundo dotali*, où sont réunis les Commentaires des jurisconsultes postérieurs à la loi Julia. Justinien au Code donne le même titre à l'ensemble des constitutions impériales rendues sur la matière, et aux Institutes il exprime formellement par les termes *res soli*, exclusifs de choses mobilières, que c'est pour les immeubles seulement que la loi Julia fut votée.

Si ces inductions semblaient insuffisantes, nous pourrions invoquer un autre argument, celui-là très direct, puisqu'il est fourni par les textes :

Le mari pouvait disposer des esclaves dotaux, les aliéner à titre onéreux, ou même gratuit, par exemple en les affranchissant, or, les esclaves sont au nombre des choses mobilières, celles qui paraissaient les plus précieuses aux Romains, puisqu'ils étaient *res Mancipi*, et l'aliénation de l'esclave étant permise, ou son affranchissement, on peut par *a fortiori* dire que l'aliénation des autres meubles était aussi facile.

Eh bien ! il est certain que le mari pouvait affranchir, sans le consentement de la femme, les esclaves dotaux « *Servum dotalem vir, qui solvendo est, constante matrimonio manumittere potest : Si autem solvendo non est, licet alios creditores non habeat, libertas servi impiedietur, ut constante matrimonio deberi dos*

intelligatur. » (Papinien. L. 21. Dig. *De manum.*) Le jurisconsulte est très net. Le mari solvable peut aliéner les esclaves dotaux, le mari insolvable ne le peut pas, et la nullité de l'affranchissement ne résulte pas de la dotalité, mais bien du principe générateur de l'action Paulienne dont la loi *Celia Sentia* n'était qu'une variété.

L'Empereur Alexandre reconnaissait aussi formellement au mari le droit d'affranchir par testament les esclaves dotaux. (L. 3. C. *De jure dot.*) L'Empereur Gordien est même peut-être plus explicite que l'Empereur Alexandre, s'il est possible, car dans des termes généraux il déclare que l'affranchissement des esclaves, constitués en dot, ou achetés avec des deniers dotaux, ne saurait être contesté (*ead. leg.*) parce que le mari est propriétaire des esclaves « *dominia eorum ad eum pervenerunt.* » Donc l'affranchissement des esclaves est possible, *a fortiori* la vente en est permise, car l'affranchissement est une perte sèche, qui peut mettre le mari dans l'impossibilité de satisfaire à l'action *rei uxoriæ*, tandis que par la vente le mari reçoit un équivalent qu'il pourra transmettre à la femme au lieu et place des esclaves aliénés. Si les textes se sont exprimés sur l'affranchissement, sans rien dire des autres modes d'aliénation, c'est justement parce que dans ce cas, plutôt que dans tout autre, l'aliénation pouvait froisser l'équité, et donner lieu à difficulté, et peut-être aussi à cause des formes spéciales de la *manumissio* (1).

(1) Gluck. *Ausführliche Erläuterung der Pandekten*, t. XXV, p. 152; Demangeat *op. cit.* p. 13 et suiv.; Sinholle *op. cit.* p. 40 et suiv.

Nous croyons donc que le mari peut aliéner les meubles dotaux, même *invita uxore*. On pourrait être tenté de trouver cette liberté incompatible avec la nécessité de restituer en nature. Mais cette observation prouverait trop, car elle serait vraie aussi bien de l'aliénation des immeubles avant Auguste que de l'aliénation des meubles depuis cet Empereur, et nous savons que cette prétendue contradiction n'avait jamais frappé l'esprit des Romains de la République. Qu'on remarque en outre que le caractère d'action de bonne foi de l'action *rei uxoriæ*, rend conciliables ces deux propositions en apparence contradictoires. Le mari est obligé à rendre en nature ce qui est conservé en nature, il rend en valeur la dot dont la substance a été transformée.

Qu'on ne dise pas qu'il n'y a alors nulle sanction à l'obligation de conserver pour rendre en nature. Il y en a une, même deux, mais elles sont secondaires et indirectes : 1° Le mari qui aura reçu à titre dotal des corps certains non estimés devra les rendre sans délai, et, s'il tarde, le juge appréciera librement la responsabilité de ce retard. C'est un inconvénient auquel échappera le mari qui aura conservé en nature la dot de sa femme. « Si la dot consiste en corps certains, dit « M. Pellat, (1) c'est-à-dire si le mari doit restituer « identiquement les choses mêmes qu'il a reçues, il ne « jouit d'aucun délai. Car, ou il a conservé ces choses, » et il peut les rendre tout de suite, ou il ne les a pas « conservées comme il l'aurait dû, et s'il faut ne doit

(1) *Op. cit.*, p. 16.

« pas lui procurer un répit qu'il n'aurait pas eu d'ailleurs. S'il les a perdues par un événement qui ne lui soit pas imputable il est libéré de l'obligation de rendre. » 2° La femme à qui le mari était hors d'état de restituer les choses dotales pouvait fixer sous serment l'importance des restitutions auxquelles elle avait droit « *Maritum in reddenda dote, de dolo malo et culpa cavere oportet: quod si dolo malo fecerit quominus restituere possit, damnandum eum quanti mulier in litem juraverit, quia invitis nobis, res nostras alias retinere non debeat* » dit Paul (L. 25, § 1. Dig. De sol. matr. et L. 2, § 1. Dig. De in litem jurat.)

C'est une conséquence logique du caractère arbitraire de l'action *rei uxoriæ*.

On a cependant contesté ces déductions si rigoureuses, et on invoque l'autorité de Paul lui-même « *nullus videtur dolo facere, qui suo jure utitur* » (L. 55. Dig. De div. reg. jur.) « *nemo damnum facit, nisi qui id fecit, quod facere jus non habet.* » (L. 151. Dig. De div. reg. jur.) Donc le mari n'a pas le droit d'aliéner, car s'il avait ce droit, en aliénant il ne commettrait pas un dol. Si le mari est propriétaire, il ne faut l'entendre qu'en ce sens que la tradition lui a transféré la propriété, mais non les pleins pouvoirs du propriétaire, et que ces pouvoirs ont toujours été restreints quant au droit d'aliéner (1).

Nous avons plus haut expliqué que cette inaliénabilité n'a pas toujours existé; cela est même de toute évidence, puisqu'elle était une innovation au temps

(1) Troplong, *Contrat de mariage*, n° 3204.

d'Auguste. L'aliénation étant possible pour les immeubles l'était aussi pour les meubles, et, si aucune loi n'a restreint les pouvoirs du mari, l'aliénation des meubles a donc toujours dû être possible; or, de loi d'exception à cet égard, nous n'en connaissons pas. Les textes consacrent précisément le contraire, au moins quant aux esclaves.

Au nombre des meubles sont compris les *nomina*, ou titres de créance. Le mari peut-il les aliéner comme tous les autres meubles dotaux? Oui assurément. C'est ce que prévoit un texte de Julien, extrait de Minicius, et qui est devenu la loi 49 au Digeste (*De jure dot.*) Le mode d'aliénation des créances est par excellence l'*acceptilatio*. Or, le jurisconsulte suppose que le mari a stipulé du constituant une certaine somme, à titre de dot, (il en serait de même d'une créance dotale) puis, *acceptam eam facit*, et il se demande quelle en sera la conséquence. Or, la nullité de cette acceptilation n'entre pas dans ses prévisions, c'est donc qu'elle est valable *ab initio*. Seulement, la responsabilité du mari qui serait nulle si la femme avait adhéré à l'opération, (L. 36. Dig. *De jure dot.*) sera au contraire aggravée, si c'est par sa faute que la femme supporte plus tard l'insolvabilité du débiteur. Car, dit-il, c'est absolument comme s'il avait touché la somme et en avait fait donation: « *perinde enim est, ac si acceperit pecuniam, et eamdem promissori donaverit.* »

Il semble qu'il n'y ait pas lieu de distinguer entre les diverses sortes de créances, puisque toutes sont

mobilières, et que l'interdiction d'aliéner frappe exclusivement les immeubles. M. Demangeat cependant distingue entre les créances qui ont pour objet un immeuble et celles qui ont pour objet un meuble. Il admet l'aliénabilité des secondes, mais repousse celle des premières, car ce serait un moyen détourné d'*alienare prædium*, et il ne dut pas être possible de faire indirectement ce qu'il était défendu de faire directement; puis, comme cette raison serait un peu nue, il ajoute pour la colorer que l'interprétation des lois était faite par les jurisconsultes d'une manière assez large, et cite un exemple d'interprétation de la loi *Ælia Sentia*, par Paul, qui refuse au mineur aussi bien le droit de stipuler du débiteur l'affranchissement de l'esclave dû que de procéder directement et personnellement à cet affranchissement. (1) (L. 66. Dig. *De verb. oblig.*)

Cette argumentation a un premier vice, c'est d'être en elle-même beaucoup trop conjecturale. Prendre un cas particulier d'interprétation et, parce que dans ce cas il peut paraître qu'elle ait été faite assez largement, induire que dans tous les cas il en sera ainsi, est conclure bien lestement du particulier au général. En fait d'interprétation il est une autre règle, romaine et formulée par les interprètes, c'est que les exceptions sont d'interprétation étroite. Le principe écrit vaut mieux que toutes les inductions. M. Demangeat n'a guère non plus la main heureuse dans le choix de ses exemples. Rapportons le texte: « *Si minor viginti*

(1) *Op. cit.*, p. 24, note 3.

annis a debitore servum manumissurum : non est executio stipulationis danda. Sed si ipsorum viginti annorum erit, non impeditur manumissio, quia de minore lex loquitur » si nous en croyons la fin de la sentence, les interprètes avaient non seulement le respect de l'esprit, mais aussi de la lettre des lois.

On peut donc conclure d'une manière générale que le mari pouvait à son gré et, sans consulter sa femme, aliéner valablement les meubles dotaux.

Est-ce à dire que ce consentement n'aura aucune influence sur les conséquences de l'aliénation? Non pas. Certes l'aliénation sera toujours valable en elle-même. L'acquéreur du bien dotal sera à l'abri d'une éviction; mais parfois le défaut de consentement de la femme pourra rejaillir sur le mari.

A. — Ainsi par exemple le mari a affranchi un esclave dotal, malgré les protestations de sa femme. Cet affranchissement est valable, les droits de patronat appartiennent certainement au mari et parmi eux le droit à l'hérédité de l'affranchi. Mais que celui-ci fasse un testament et institue pour universel et unique héritier le mari, ce testament n'atteindra pas son but. Le mari devra restituer le tout : la portion que comme patron il pouvait obtenir, qui pourra lui être immédiatement réclamée par une *condictio ex lege Papia et Julia*; l'autre portion, celle dont l'affranchi pouvait librement disposer, par un *judicium dotis*, qui n'est

autre que l'instance organisée par l'*actio rei uxoriæ*. (Papinien. L. 61, *Sol. matrim.*)

B. — Que, si la femme ne s'est pas opposée à l'affranchissement, le mari n'aura à restituer que la portion exigible *ex lege Papia et Julia*, c'est-à-dire celle qu'il recueille comme patron, non comme bénéficiaire de la libéralité de l'affranchi ; car, si la première revient à la femme, dont le mari a géré l'affaire, et dont on ne saurait la priver sans supposer une donation, qui ne doit pas se présumer, au contraire la seconde portion ne devait pas appartenir de plein droit à la femme, en vertu de la loi Papia, et, quant à la lui donner en vertu de l'action *rei uxoriæ*, cela est impossible, car c'est un pur bénéfice pour le mari, non une propriété dotale. (Ulpien. L. 64. Dig. *Sol. matrim.*)

C. — Mais, si la femme a donné son adhésion à l'affranchissement, manifestant ainsi sa volonté de faire donation au mari, celui-ci ne devra rendre aucun compte. Son obligation de restituer ne porte plus sur l'esclave, sorti de la dot, et dont la succession lui appartient, comme l'esclave lui-même lui eût appartenu en vertu de la donation. La prohibition des donations entre époux n'y met pas obstacle, car elle doit-être écartée en cette circonstance. Le mari ne s'enrichissant pas par les affranchissements des esclaves dotaux, il n'était guère à craindre qu'il sollicite souvent la faveur de leur liberté. (Ulpien, L. 62, Dig. *cod. tit.*)

Il nous reste à dire quelques mots des droits de la

femme sur les meubles dotaux. Nous avons vu, que sur les immeubles, la femme n'avait qu'un droit éventuel pour rentrer dans son bien, et, à la dissolution du mariage, probablement une action utile pour revendiquer l'immeuble aliéné malgré elle. Les meubles étant moins protégés que les immeubles, elle ne saurait avoir sur eux des pouvoirs plus étendus. Elle n'aura encore qu'une action de créance pour se faire restituer sa dot, et point de revendication utile pour faire rentrer dans le patrimoine de son mari les meubles aliénés, puisque cette aliénation pouvait être valablement faite.

En face du mari propriétaire se trouve donc la femme créancière éventuelle des biens dotaux. Quels droits la femme a-t-elle sur cette créance ? Peut-elle en disposer à son gré, en d'autres termes, peut-elle renoncer à son action *rei uxoriæ* ?

Qu'on remarque d'abord que la créance de la femme contre son mari n'est pas dotale, car elle appartient à la femme, et non au mari. Si donc aucune limitation n'affecte spécialement ses droits sur cette créance, elle doit pouvoir en user comme de ses autres biens, par suite s'en dépouiller comme d'une créance sur un tiers.

Toutefois, durant le mariage, nous ne croyons pas que la femme puisse renoncer à ses droits, non à cause du caractère dotal de l'objet de la créance, mais parce que la remise au mari de l'*obligatio dotalis* déguiserait une véritable donation. (Ulpien. L. 3, § 10 ; et Pomponius. L. 31, §§ 4 et 5, Dig. *De don. int. vir. et uxor.* » Exceptons les cas où cette donation serait permise, *cessante causa cessat effectus*. Rien ne s'opposerait alors

à la renonciation, même anticipée, de la femme à l'exercice de l'action *rei uxoriæ* par une *acceptilatio*, ou un pacte *de non petendo*.

La femme pourrait tout aussi bien renoncer à sa créance en faveur d'un tiers qu'au profit de son mari, et cela à titre gratuit, comme à titre onéreux, sans qu'on ait à s'inquiéter s'il s'agit d'immeubles ou de meubles, car la loi Julia ne restreint que les pouvoirs du mari, sans toucher à ceux de la femme. Nous avons à cet égard un texte formel, la loi 3. § 5. (Dig. *De minor.*) où Ulpien accorde la *restitutio in integrum* à la fille de famille, mineure de vingt-cinq ans, qui a consenti à ce que la restitution de la dot se fit, non à elle, mais à son père ou à un tiers ; or, on sait que la *restitutio in integrum*, est un recours très-exceptionnel. Dans l'espèce pour l'exercer la femme devait : 1^o être mineure de vingt-cinq ans ; 2^o prouver le préjudice. En outre elle n'était accordée que subsidiairement, à défaut de toute autre voie du droit, or, si la cession faite au père ou autiers, avait pu être annulée *ipso jure*, on n'eût pas eu à accorder le secours exceptionnel destiné aux seuls mineurs. C'est donc que la délégation de la créance à un tiers était valable en droit.

Mais la femme romaine ne pouvait pas, comme la femme française, céder son *privilegium dotis*, car cette garantie, de même que le *privilegium tutelæ*, est rigoureusement personnelle et intransmissible. (Paul. L. 68. et Modestin L. 196. Dig. *De reg. jur.* ; Papinien L. 42, Dig., *De admin. et peric. tutelæ*). On a même

soutenu (1) que la femme ne pourrait pas, durant le mariage, renoncer purement et simplement à son *privilegium dotis*, parceque ce privilège est d'ordre public « *Reipublicæ interest mulieres dotes salvas habere, propter quas nubere possint.* » (Paul. L. 2, Dig. *De jure dot.*) et que, suivant le même jurisconsulte, « *privata conventio juri publico nihil derogat* » (Sent. Liv. I, Tit. 1, § 6). La renonciation à son privilège par la femme doit donc avoir le même sort que les autres conventions défendues entre époux « *In quibus non semper voluntas contrahentium servatur.* » (Paul, L. 12, § 1. Dig. *De pact. dot.*)

Peut-être était-ce la solution romaine. Mais nous n'en savons rien, car à notre connaissance il n'y a pas de texte sur la question, et il est difficile de préciser la portée de la sentence insérée presque en tête du titre *De jure dotium*, et son caractère d'ordre public. Nous nous résignerons modestement à poser un point d'interrogation à la fin de notre question. (2)

Mais nous croyons volontiers, qu'une fois le mariage dissous, rien ne s'opposerait à ce que la femme pût renoncer valablement à son *privilegium*. Paul admet en termes très exprès que la femme peut faire novation de la créance avec son mari ou un tiers, et en perdre ainsi les accessoires. (L. 29. Dig. *De novat.*) Elle pouvait donc abdiquer principalement sa garantie.

(1) M. Demangeat, *op. cit.*, p. 29.

(2) Cette doctrine nous paraît surtout contestable en présence du texte cité plus haut qui permet à la femme de déléguer la créance elle-même, en effet les mêmes motifs auraient pu être invoqués pour interdire cette délégation.

Avant l'organisation du *privilegium dotis*, et surtout avant la réglementation prétorienne de l'action *rei uxoriæ*, on recourait fréquemment dans la pratique à des *cautiones* ou *satisfactiones* destinées à garantir la restitution de la dot. (Gaius. *Comm.* III, § 125.) La femme pourrait-elle pendant le mariage renoncer à ces sûretés conventionnelles ? Nous croyons que oui ; car on ne peut plus ici invoquer de *jus publicum* proscrivant une convention privée, contraire à son prescrit. La *satisfatio* et la renonciation à cette *satisfatio* sont deux contrats privés pouvant mutuellement se détruire. Toutefois on peut se demander si la renonciation de la femme n'est pas une *intercessio* déguisée tombant sous le coup du Senatus-consulte Velleien, ou une donation entre époux également interdite.

Ce ne pourrait être certainement une donation, car l'abdication de la femme profite à la caution et non au mari. Il ne s'est donc pas enrichi.

N'y faut-il pas au moins voir une *intercessio* ? Non, car l'*intercessio* c'est l'obligation prise par la femme pour le mari. Il n'y a rien de tel ici.

Est-il tant besoin de raisonner si longuement sur une question résolue par des textes positifs ! Ulpien dit en effet, (L. 7, § 6, *De don. int. vir. et ux.*) que l'achat par la femme des *prædia* affectés par le mari à la sûreté de la dot « *quæ ob dotem pignori acceperat* » est valable s'il ne cache pas une donation. Cet achat fait bien évidemment évanouir la sûreté « *nemini res sua servit.* »

Mais voici une constitution d'Anasthase encore plus catégorique. Il ne s'agit plus de gage ni de caution,

mais d'une hypothèque. Nous sommes au VI^e siècle, et l'hypothèque a conquis sa naturalisation en Italie. « *Jubemus, dit l'Empereur, licere mulieribus et pro uno contractu, vel certis contractibus, seu, pro unâ vel certis personis seu rebus, juri hypothecarum sibi competentî per consensum proprium renunciare; quodque ita gestum sit, hac auctoritate nostra firmum illibatumque custodiri,* » (L. 21. C. Ad. S. C. Vell.) La place occupée par le texte sous la rubrique *Ad. Senatus-Consultum Velleianum* achève la démonstration. Un doute était né dans la pratique sur l'interprétation à donner à ce document dans cette circonstance nouvelle. On s'était demandé s'il ne fallait pas voir dans la renonciation de la femme une *intercessio*; la réponse d'Anasthase ne permet pas la moindre hésitation, cette renonciation est permise.

§ 2. — *Jus fruendi.*

Les règles que nous avons énoncées plus haut (1) retrouveront ici leur application. Le mari gagne les fruits des meubles comme des immeubles dotaux et sans en devoir compte. En principe on appliquera les règles de l'usufruit. C'est ainsi que le part des esclaves devra être restitué avec la dot, (L. 10, § 2. Dig., *De jure dot.*) car les enfants ne sont pas des fruits, pour ce motif dit Gaius, (L. 28, § 1. Dig. *De usurp. et fruct.*) qu'il serait absurde que l'homme, pour qui les fruits

(1) *Supra*, p. 50 et s.

semblent faits, puisse être lui-même un fruit. La raison est peu satisfaisante, mais la solution est certaine. (1) Pomponius, en matière de dot, décide que si le mari a reçu des esclaves estimés, les enfants lui resteront parce que les esclaves sont à ses risques. (L. 18. Dig., *De jure dot.*) Si le mari acquiert le part ce n'est donc pas à titre de fruits, mais bien comme il garderait toute augmentation d'une chose estimée. Même solution de Javolenus rapportant l'avis de Labéon. (L. 66, § 3. Dig. *Solut. matrim.*)

Mais le croît des animaux profitera au mari, car il est un fruit. Cependant, comme avant de réaliser un gain il est tenu de restituer intégralement le troupeau dotal, il devra avec le croît combler les vides qui se seraient produits, et ensuite tout l'excédent lui appartiendra. (L. 10, § 3. Dig. *De jure dot.*)

§ 3. *Jus utendi*

Nous ne saurions sur cette question que reproduire les explications fournies au chapitre précédent; aussi nous y renvoyons.

(1) Accarias. *Précis de droit romain*, t. 1, p. 661, n° 275, 3^e éd.



TROISIÈME ÉPOQUE

Sous Justinien

Nous venons de parcourir deux étapes du droit romain, et nous avons vu que, malgré les assauts donnés à l'antique formule, proclamant le mari *dominus dotis*, le mari était resté, en dépit de la marche de la civilisation et de toute logique, dans le langage du droit, le *dominus* qu'il avait été de tous temps. Il est vrai que les jurisconsultes s'étaient souvent fort embarrassés dans ce langage vieilli et contraire à la réalité des choses. Il ne leur avait pas échappé, qu'un propriétaire l'est bien plus nominalement que réellement, quand ses droits se bornent à ceux d'un usufruitier. Un propriétaire responsable de l'administration de sa chose, incapable d'aliéner, n'a qu'un droit bien illusoire et bien platonique ; de là, les apparentes contradictions qu'on a cru relever, et que nous espérons avoir expliquées ; de là les efforts pénibles de leur langue pourtant si précise, pour dégager la vérité des faussetés d'une formule immuable et consacrée, grâce à l'esprit conservateur qui est un des traits caractéristiques de la race romaine.

Pour qui veut regarder plutôt au fond des choses qu'à la surface, il doit donc être évident que ce droit de proprié-

té, qui avait été une vérité de fait, n'était plus depuis la loi Julia, et surtout depuis l'organisation définitive de l'action *rei uxoriæ*, qu'un mot, une subtilité de langage, comme dira Justinien. Aussi, s'est-on demandé si le hardi novateur, rompant sur ce point, comme sur bien d'autres, avec les traditions du passé, n'a pas enfin assigné au mari sa vraie place dans le ménage, et nettement défini ses droits ; si d'un propriétaire il n'en a pas fait un simple usufruitier.

Sous Justinien plus de distinction entre le *Dominium ex jure Quiritium* et la propriété bonitaire. Plus de mancipation, l'équité a remplacé le formalisme antique. L'introduction, dans les relations quotidiennes des contrats de bonne foi, donne à la volonté des parties la puissance que le fait matériel avait seul autrefois, et cette volonté est mieux suivie, mieux respectée. Déjà sous le droit classique, malgré les termes des textes, il est bien certain que l'intention du beau-père, en dotant sa fille, de la femme en se constituant certains biens en dot, n'est pas d'en transférer au mari la propriété, mais la jouissance. L'Empereur s'en aperçoit bien à son tour et s'en exprime avec aussi peu de ménagements que de sens critique : « Ce n'est que par « une subtilité des lois que paraît se faire la translation de la dot dans le patrimoine du mari ». (L. 30. C. *De jure dot.*) Cette subtilité n'est pas immémoriale, nous le savons, puisqu'elle a été autrefois une réalité, mais les mœurs ont changé et la vérité est devenue une fiction. Aussi maintenant la femme exercera-t-elle, elle-même et en son nom, la revendication, ce qui est bien le signe de la propriété, sans même recourir à la

voie détournée d'une action utile, mais directement « *in hujusmodi rebus....quasi propriis* » comme sur sa propriété, dit le rédacteur, qui ne paraît pas s'affranchir des idées traditionnelles avec autant d'aisance qu'il veut l'afficher.

De cette loi 30, il nous semble résulter, bien certainement, que la propriété du fonds dotal n'appartiendra plus au mari (1), même nominalement, mais qu'elle restera sur la tête de la femme. Cependant Justinien ne donnera pas la mesure exacte de la puissance maritale en faisant du mari un usufruitier. Les réformes, même des plus hardis, n'allaient pas à Rome, ou à Bysance, sans une certaine timidité qui les arrêtait en chemin.

On a cependant contesté la portée que nous donnons à la réforme de Justinien. « Il est impossible, dit « M. Demangeat (2), de s'arrêter à cette proposition « que la femme est restée propriétaire des biens « dotaux ». C'est cependant ce qui nous paraît bien certain en présence de l'affirmation très formelle de la loi 30.

Cette idée admise, examinons en détail les droits du mari sur les biens dotaux.

(1) Ginouilhac, *op. cit.*, p. 104.

(2) *Op. cit.*, p. 95. Dans le même sens Gide. *Du caractère de la dot en droit romain*. REVUE DE LÉGISLATION ANCIENNE ET MODERNE, p. 121 et suiv.

§ 1. *Jus abutendi*

Le mari n'étant pas propriétaire du fonds dotal, il n'y aurait plus inconvénient à abroger la loi Julia, car celui-là seul peut aliéner qui est propriétaire. Néanmoins, cette loi sera conservée, et même ses prohibitions seront aggravées. Le mari ne peut plus aliéner le fonds dotal, même du consentement de la femme. (L. un, § 15. C. *De rei ux. act.*). Jusqu'ici la femme a été protégée contre son mari, maintenant elle l'est contre elle-même (1). Non seulement l'aliénation est interdite, mais aussi l'hypothèque, même du consentement de la femme.

Nous n'aurons plus à distinguer, comme nous l'avons fait dans la période précédente, entre les meubles et les immeubles (2), et, en ce qui concerne les immeubles, entre les fonds italiques et les fonds provinciaux; cette dernière extension n'était peut-être pas, comme nous l'avons vu, une innovation Justinienne, (Gaius. *Comment.* II, § 63) et, quant à l'hypothèque, sa prohibition n'a pas l'antiquité que lui attribue Justinien. Nous avons dit en effet, que loin de se rapporter à la loi Julia, il paraît probable qu'elle est sortie du *Senatus-Consulte Velleien*.

(1) C'est ce qui explique que la loi Julia n'ait pas été abrogée, car il aurait fallu la remplacer par une défense à la femme d'aliéner. En conservant l'ancienne disposition on atteignait le même résultat.

(2) Sincholle, *op. cit.*, p. 105. *Contra* : Demangeat, *op. cit.*, p. 34 et s.

De toutes ces prohibitions il faut excepter naturellement le cas où la dot a été estimée. Comme le mari est alors devenu propriétaire par l'estimation, il n'y a pas inconvénient à le laisser en disposer.

Les pouvoirs de disposition du mari sont donc sous cette période complètement nuls. Ce sont ceux de la femme que nous aurons à examiner, afin de vérifier s'ils ne se sont pas augmentés en raison de l'amointrissement infligé à la puissance de son mari.

L'innovation de Justinien est double en effet :

1° Il donne à la femme un droit général de revendication sur ses biens dotaux, quels qu'ils soient;

2° Il lui donne pour le recouvrement de sa dot une hypothèque privilégiée.

I. — Nous avons dit que sous la période précédente la femme devait avoir pour rentrer dans son bien aliéné, contre son gré, une action en revendication utile, exercée par elle au nom de son mari, mais, que cette action n'étant qu'une forme de l'action personnelle, elle ne pouvait s'exercer avant que soit née cette dernière.

Maintenant le principe est renversé. Justinien donne raison aux faits sur l'histoire et maintient la femme dans la propriété de la dot. Conséquence : l'action en revendication doit naître directement dans la personne de la femme. « *Volumus itaque, eam, (mulierem) in rem actionem... habere* » dit en effet Justinien (L. 30, C., *De jure dot.*) Cependant cette action ne peut encore être exercée que *post dissolutum matrimonium*. Pendant le mariage, en effet, elle est bien propriétaire,

mais non possesseur du bien dotal, qui doit être aux mains du mari pour le libre exercice de sa jouissance; or, la revendication ne peut s'exercer que contre un possesseur sans droit.

Cette règle si simple a pourtant été méconnue. « En ce qui concerne le fonds dotal, dit M. Demangeat, « la revendication ne peut se concevoir qu'autant « qu'à la dissolution du mariage ce fonds se retrouve « encore dans les biens du mari. » (1) Donc la revendication n'est pas possible contre les tiers, cela, dit le savant auteur, parce que le mari pouvait aliéner, même sans le consentement de sa femme, et que cette aliénation est valable d'après la constitution de 530 (L. uniq., § 15. C., *De rei ux. act.*)

Nous trouvons ce raisonnement assez singulier. Comment, Justinien, en l'année 529, pose dans la loi 30 ce principe que la femme aura une action en revendication et une hypothèque pour réclamer sa dot, dans la loi unique de 530, il déclare que le consentement de la femme ne saurait habiliter le mari au pouvoir d'aliéner, et l'on vient dire, malgré ce texte, que cette aliénation serait valable, et que l'acquéreur serait légitime propriétaire, et hors d'atteinte ! Mais, à quoi sert donc la prohibition et ce déploiement de mesures protectrices, si c'est pour aboutir à l'impuissance de la protection ? L'argumentation de M. Demangeat n'a pas ici sa puissance ordinaire. Elle prend son point de départ dans cette considération que la loi 30 a eu surtout en vue d'organiser l'action

(1) *Op. cit.*, p. 98. *Sic. Ginouilhac, loc. et op. cit.*

hypothécaire, et non la revendication; que cette dernière action n'est mentionnée que fort subsidiairement; que la première partie de la constitution ne parle que de l'action hypothécaire, et que la revendication dont il est parlé dans la seconde y tient peu de place. Rien n'est moins vrai. Les termes de la première proposition insérée à la loi 30 sont très généraux « *in his vindicandis* » ce qui comprend tout à la fois l'action en revendication et l'action hypothécaire. Puis, lors même que la préoccupation de Justinien aurait surtout porté sur l'action hypothécaire, quoi d'étonnant, et que prouve-t-elle? N'est-ce pas l'innovation principale, puisqu'il s'agit de donner à la femme un rang préférable à tous les créanciers, non seulement chirographaires, mais aussi hypothécaires, même antérieurs au mariage? On comprend que Justinien ait tenu à s'en expliquer spécialement. Au contraire, en ce qu'il s'agissait de l'action en revendication, elle existait déjà, au moins dans notre opinion, *utilitatis causa* il est vrai. Mais les nouveaux principes conduisaient à l'action directe, cela allait de soi, il suffisait d'une mention. Nous voulons bien admettre avec l'éminent professeur dont nous combattons la doctrine que Justinien a eu surtout en vue dans la loi 30 la création d'une hypothèque privilégiée, mais l'une n'exclut pas l'autre, la revendication était également comprise dans ses prévisions.

La seconde partie de l'argumentation procède de la même manière. Elle fait dire à un texte ce qu'il ne dit pas. La loi unique, § 15, commence en effet par une véritable déclaration de principes : Inaliénabilité

absolue du fonds dotal, sans distinction entre les meubles et immeubles, les fonds italiques ou provinciaux, sans même qu'on puisse prendre en considération le consentement de la femme. C'est catégorique, et la seconde partie de la proposition confirme encore la première : « *Licet enim Anasthasiana lex de consentientibus mulieribus vel suo juri renunciantibus loquatur : tamen eam intelligi oportet in rebus mariti, vel dotis quidem aestimatis, in quibus dominium et periculum mariti est. In fundo autem non aestimato qui et dotalis proprie nuncupatur, maneat jus intactum, ex lege quidem Julia imperfectum, ex nostrâ autem auctoritate plenum atque in omnibus terris effusum non tantum italicis et sola hypotheca conclusum.* » (L. uniq. § 15. C., *De rei ux. act.*) Cette constitution d'Anasthase, qui forme la loi 21 (C. *ad S. C. Vellei.*) nous la connaissons : elle déclare étrangère à la prohibition du Senatus-Consulte Velleien la renonciation de la femme à son hypothèque. Est-ce dans cette partie de la loi unique que M. Demangeat trouve l'aliénabilité des biens dotaux ? Mais citons sa traduction : « Une constitution d'Anasthase parle des femmes qui donnent leur consentement ou renoncent à leur droit ; il faut l'entendre « *des biens du mari*, ou des biens apportés en dot « *avec estimation, lesquels appartiennent au mari et « sont à ses risques.* Mais sur le fonds *non estimé*, « qu'on appelle proprement fonds dotal, le droit de la « femme doit rester intact, droit imparfait d'après la « loi Julia, droit complet d'après notre décision, « applicable à tous les immeubles et non pas seule-

« ment aux immeubles italiques, et ne se bornant pas « à empêcher l'hypothèque ». Ainsi en bon français, et, d'après une traduction qui n'est pas notre œuvre, la loi invoquée ne suppose possible que l'aliénation du fonds estimé, parce qu'il appartient au mari, et c'est seulement à l'hypothèque sur ce fonds, ou sur les biens du mari que la femme peut renoncer.

Ce qui a fait le tourment des interprètes de tous les temps, c'est que la solution adoptée par nous a pour effet d'anéantir les droits du mari sur la dot mobilière. S'il faut admettre en effet que la femme puisse revendiquer entre les mains des tiers ses meubles aliénés, c'est que le mari n'a pas pu valablement les aliéner, or Justinien, aussi bien que la loi Julia, ne parle que du fonds dotal.

Nous allons essayer de nous expliquer. L'argumentation qui nous a servi tout à l'heure va nous servir encore ici. La revendication est permise, dit la loi 30, des meubles et des immeubles. Pourquoi? Parce que le mari n'est pas propriétaire, mais bien la femme, et qu'il n'a donc pas pu aliéner. Cependant, dit-on, Justinien ne parle pas d'une extension de la loi Julia aux meubles, c'est donc ajouter à son texte. Très-bien, mais les principes posés parlent pour Justinien. Justinien ne dit pas, il est vrai, « la dot mobilière est inaliénable », mais il dit, elle pourra être revendiquée. A quel titre, si elle était aliénable? Si l'on tient à distinguer les meubles des immeubles, Justinien l'a faite, cette distinction. Parlant du fonds dotal, il dit que ce fonds sera inaliénable *etiam muliere consentiente*, or nous ne disons pas cela des meubles. Si le mari a

vendu au nom et pour le compte de sa femme des meubles dotaux, il a vendu au nom et pour le compte d'un propriétaire consentant; aucun obstacle ne s'y oppose, il faudrait pour cela une prohibition légale expresse, elle n'existe pas; que les tiers soient donc rassurés. Mais, si la femme n'a pas consenti à la vente, ou plutôt si elle n'a pas aliéné elle-même, avec son mari, — car en vérité c'est elle qui aliène, puisqu'elle est propriétaire (1) — en vain elle renoncera à son hypothèque, à moins qu'il ne s'agisse de biens estimés ou de biens du mari, que celui-ci avait le droit de vendre.

Citons un dernier document de l'opinion adverse. On fait remarquer que dans la loi 30, l'action en revendication n'est donnée que « *si tamen existant* » et l'on traduit « s'ils existent encore en nature » puis on paraphrase « c'est-à-dire, s'ils n'ont pas été aliénés, s'ils sont restés dans la main du mari ». C'est le cas de dire que « glose passé texte » c'est donner à ces mots — qui ne se trouvent pas dans toutes les éditions — un sens qu'ils n'ont pas. Le champion de cette théorie n'est même pas conséquent avec lui-même, car, tandis que s'agissant de reconnaître les conditions d'exercice de l'action hypothécaire, il donne à la locution « *si tamen existant* » le sens d'une existence matérielle; quand il s'agit de la revendication, il la

(1) Il y a ici quelque chose d'analogue à la situation de la femme sous notre régime de communauté. Le code dit que le mari ne peut vendre les propres de la femme que du consentement de celle-ci (art. 1478), l'expression est inexacte, il faudrait dire que la femme ne peut vendre que du consentement de son mari. Vice de langage imputable au droit romain.

prend dans celui d'une identité juridique, et cependant ils ne peuvent avoir à la fois deux sens différents et aussi absolument contraires. Le sens le plus exact à notre avis est celui adopté dans le premier cas, celui d'une existence matérielle. La parenthèse ne voudrait plus dire qu'une chose, c'est que la perte de la dot libère le mari, ce qui va de soi.

L'interprétation que nous venons de donner du droit de Justinien nous paraît la plus raisonnable. Comment admettre, en effet, que l'empereur ait, suivant la pittoresque expression de M. Sincholle, fait un travail de Pénélope, détruisant en 530 l'ouvrage de 529 et, que voulant accorder à la femme une protection pleine et entière, « *ut ei plenissime consulatur* ». (L. 30. C. *De jure dot.*) il se soit arrêté en chemin, en restreignant l'action en revendication, qui ne peut avoir d'efficacité et d'utilité pratique qu'à la condition d'être donnée contre les tiers. Ce serait oublier la toiture de l'édifice.

Reste une dernière objection, de M. Troplong. La dot, soit estimée, soit non estimée, dit le brillant jurisconsulte, est mise sur le même pied, or, comme on ne peut dire que le mari ne puisse pas aliéner la dot estimée, on doit en dire autant de la dot non estimée.

Que dirait M. Troplong si on lui retournait son argumentation de la manière suivante : Devant traiter également la dot estimée et la dot non estimée, comme il est certain que la dot non estimée était inaliénable (L. uniq. C. *De rei ux. act.*) la dot estimée était aussi inaliénable. Si plaisante que soit la retorsion du raisonnement, nous ne la ferons pas, car, si nous croyons inaliénable la dot non estimée, nous croyons au con-

traire très aliénable la dot estimée. — Et pourtant elle pourra être revendiquée par la femme ? Oui, mais expliquons-nous. Certes le mari est propriétaire de la dot estimée, il peut donc transférer à autrui la propriété. Il devra seulement le prix d'estimation, et, si à la dissolution du mariage il le paie à la femme, elle ne pourra pas se plaindre, car elle a reçu ce qu'on lui devait. Mais, s'il ne le paie pas, la vente à lui faite par l'estimation est résolue et l'action de la femme peut porter sur la chose elle-même, c'est en ce sens, et en ce sens seulement, que les dots mobilières, estimée, ou non estimée, peuvent être considérées comme mises sur le même pied.

Nous nous résumons. La dot immobilière n'a subi en fait — sauf l'inutilité du consentement de la femme — aucune réforme, elle était inaliénable elle le reste. La revendication donnée autrefois à titre utile, lui appartient maintenant directement.

La dot mobilière était aliénable, à défaut d'estimation elle est inaliénable, non en vertu d'une proclamation expresse, mais comme conséquence de la possibilité d'une revendication. C'est si l'on veut une inaliénabilité non de droit, mais de fait. Estimée, au contraire, l'aliénation en est inattaquable si le mari, dont l'obligation principale est de rendre le prix d'estimation satisfait à cette obligation. S'il est hors d'état d'y satisfaire, la femme revendiquera les choses elles-mêmes, car le mari ne respectant pas son contrat, la femme n'est pas tenue à plus de respect.

II. — La femme a, en outre du droit de revendiquer, un droit d'hypothèque sur la dot.

Autrefois elle n'avait qu'un *privilegium inter personales actiones*, qui la rendait préférable aux créanciers chirographaires, mais non aux créanciers hypothécaires. Maintenant elle les primera tous.

Comment comprendre l'intérêt de la femme à exercer l'action hypothécaire, alors que la revendication paraît bien plus avantageuse, puisque par elle, son bien lui est rendu ? C'est que, lorsque son bien a été vendu, si elle préfère la valeur de la dot à la reprise en nature par exemple si son bien a été détérioré, son hypothèque lui permettra de se faire payer.

Seconde objection : Quelle utilité peut avoir l'hypothèque sur les biens dotaux puisque ces biens ne sont pas susceptibles d'être hypothéqués par le mari ? Quel besoin se faisait sentir de donner à la femme un droit de préférence alors qu'elle avait un droit plus fort, son droit de propriété ? M. Demangeat en donne une raison assez simple : c'est que le bien de la femme n'est à l'abri que de l'hypothèque volontaire et qu'il fallait protéger la femme, même contre l'hypothèque nécessaire, par exemple l'hypothèque légale du tuteur.

Le même auteur se demande si cette hypothèque peut-être exercée contre les tiers acquéreurs, et l'admet « dans les cas exceptionnels où la dot peut « passer du patrimoine du mari dans celui d'un tiers » (1). Pour nous ces cas exceptionnels n'existent pas, en

(1) *Op. cit.*, 94.

dehors de l'hypothèse de dot estimée, et encore sous certaine condition. Nous croyons donc que l'action hypothécaire atteint aussi bien les tiers acquéreurs que les simples créanciers, sans distinguer s'il s'agit d'une dot mobilière ou immobilière, sous la condition que cette dot existera encore matériellement « *si tamen existant* ».

Une objection plus embarrassante que toutes les autres, au premier abord, est la suivante. Comment la femme peut-elle avoir hypothèque sur sa propre chose, car enfin *nemini res sua servit* ? Ne faudrait-il pas voir là justement la négation du droit de propriété de la femme ?

Notre réponse sera double : 1° Historiquement, l'hypothèque se justifie très bien. Avant Justinien, la dot était au mari, la femme avait sur elle un *privilegium*, rien que de très compréhensible. Justinien change le principe, mais comme son but est de protéger la femme, non seulement il maintient la conséquence, il la renforce ; sans s'inquiéter de la contradiction qu'elle implique, il en fait une hypothèque. 2° Cette hypothèque n'exclut pas la propriété de la femme, car dans la même loi, bien plus, dans la même phrase, qui accorde l'une, il proclame l'autre, c'est l'argument de texte. Il a cherché la protection à outrance, et par tous les moyens, de la femme. Il s'est dit que, malgré la défense d'aliéner, malgré l'impuissance des volontés conformes du mari et de la femme, on passerait peut-être outre, et que la femme serait ruinée, et il a mis à sa disposition un secours de plus. La femme aura

une *actio in rem* pour la restitution en nature, une *actio in personam*, avec garantie hypothécaire et privilégiée, pour la restitution en valeur. La femme qui opte pour l'action personnelle, renonce par la même à l'action réelle, elle consacre et ratifie l'aliénation, ratification valable puisqu'elle n'intervient qu'après le mariage ; mais, comme cette action tend à la reprise de son bien, il est juste et logique qu'elle ait la première place pour excercer utilement cette reprise.

La femme peut-elle renoncer à son hypothèque légale ? La proposition finale du § 15 de la loi unique déjà citée, l'autorise pour le fonds estimé, que le mari pourrait vendre, mais la défend quant au fonds non estimé. Nouvelle preuve que cette action peut atteindre les tiers acquéreurs, sans cela cette distinction n'aurait pas de sens.

En résumé nous formulerons ainsi l'état du droit au VI^e siècle :

1° Le mari n'est plus propriétaire de la dot, cette propriété restant sur la tête de la femme.

2° Comme conséquence de ce principe, la femme peut revendiquer son bien, malgré toute aliénation, sauf, en ce qui concerne la dot estimée, quand on lui offre le montant de l'estimation.

3° Enfin la femme a une hypothèque sur les biens dotaux et peut l'exercer contre les tiers acquéreurs, sans pouvoir même y renoncer, sauf en ce qui concerne les biens estimés.

Ce sont, dira-t-on peut-être, bien des faveurs

accordées d'un seul coup. La plupart sont légitimes, et puis n'est-ce pas à cause de sa sollicitude à l'égard de la condition des femmes que Justinien a mérité le surnom d'*Uxorius Imperator* ?

§ 2. *Jus utendi et fruendi*

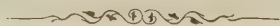
Etant admis que le mari n'est pas propriétaire, il devait être facile au législateur du droit nouveau de dégager sa vraie situation, il n'y avait qu'à le déclarer usufruitier. Justinien ne l'a pas fait. On ne doit pas trop s'en étonner.

C'était déjà beaucoup que de battre en brèche l'antique adage *maritus habet dotem*, et Justinien, tout en critiquant la tradition nationale, ne brille pas par la netteté dans sa formule révolutionnaire. C'est qu'il est plus facile de changer les faits que le langage. On comprend bien qu'il n'ait pas osé dresser en face de l'idée ancienne l'idée nouvelle, mais si le mot n'y est pas, la chose existe.

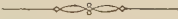
C'était depuis longtemps une vérité que le mari n'avait plus de pouvoirs, que ceux d'un administrateur usufruitier. Poursuivi par l'action *rei uxoriæ*, il devait rendre la dot, moins les fruits, et certaines *retentiones*. Ces *retentiones* sont abolies, mais il gardera encore les fruits, et à cet égard Justinien ne fait guère que reproduire la jurisprudence des temps classiques. « *Omnia quæ fructuum nomine continentur, ad lucrum mariti pertineant.* (L. uniq. § 9. C., *De rei ux. act.*). »

C'est ainsi qu'il acquiert le croît des animaux *partus jumentorum*, mais qu'il doit rendre le part des esclaves, sauf de ceux estimés, et aussi les acquisitions par eux faites, si ce n'est celles provenant *ex re sua*, ou *ex operis servi*, toutes solutions qui se justifient d'elles-mêmes.

Telle est la marche lente de la législation romaine, retranchant peu à peu au mari ses pouvoirs souverains, elle est arrivée par les efforts constants de sa jurisprudence, à force de tâtonnements et de réformes de détail, à lui assigner son vrai rôle dans le ménage, celui que les législations contemporaines lui ont conservé, comme indispensable aux nécessités de la vie de famille et le plus conforme à l'idée de justice. Pour atteindre ce but il n'a pas fallu moins de douze siècles, et encore la formule exacte n'a-t-elle pas été donnée ! Mais si la conquête a été lente, elle s'en est plus fermement consolidée. C'est ainsi que d'un régime d'absorption et d'asservissement est sorti un régime de séparation de biens, non pas d'égalité assurément (celui-la devait naître sur le sol de France) mais d'ordre et d'équité, qui est encore aujourd'hui même la base de la plupart de nos contrats de mariage.



DROIT FRANÇAIS



REPRISES ACTIVES

DE LA

FEMME COMMUNE



INTRODUCTION

Le temps n'est plus où le vieux Loysel pouvait dire dans son langage imagé « *que le mari se devait relever trois fois la nuit pour vendre le bien de sa femme.* » Si la femme est encore sujette de son mari, son seigneur et maître n'est plus le souverain absolu du XV^e siècle, il est maintenant comptable de la fortune de sa femme sur ses biens et ceux de la communauté.

Le principe d'équité introduit dans notre code civil n'a pas régné de tout temps, et quand il est apparu sous la jurisprudence des derniers siècles, ce n'est pas avec le même caractère, ni inspiré par les mêmes motifs.

A quelle époque la théorie des récompenses s'est-elle fait jour en France? Question obscure, comme cette autre qui la domine : quand, la communauté s'est-elle établie sur notre sol?

L'origine de la communauté est, on le sait, fort controversée. Sans entrer dans le détail de cette discussion qui nous porterait en des développements hors du cadre modeste de notre sujet, nous croyons utile

d'exposer brièvement les divers systèmes qui ont séduit tour à tour les historiens.

I. — D'après une première opinion, la communauté conjugale serait un produit spontané de notre sol, une institution immémoriale bien antérieure à la conquête romaine et à l'invasion barbare. (1) On se fonde pour le soutenir sur une phrase de César : « Le mari, disent les Commentaires, (2) prélevait sur ses propres biens, après estimation, une valeur équivalente (à la dot mobilière qu'apportait la femme) et la réunissait à la dot reçue. Un état des valeurs réunies était conjointement dressé; les produits ou revenus étaient mis à part et conservés. Lorsque l'un des époux venait à mourir, le tout, capital et revenus, appartenait au survivant. »

« Nous voyons ici, dit M. Pardessus, la communauté conjugale, clairement établie, ce système qui a traversé tant de siècles, et qui nous est parvenu tel qu'il existait du temps de César, devait frapper son attention puisqu'il était alors entièrement inconnu aux Romains. »

Cette raison, qui semble si décisive à M. Pardessus, est celle qui nous met tout d'abord en défiance contre son système. Justement parce que le régime conjugal des Gaulois était fort différent de celui des Romains, les détails ont dû échapper à l'esprit pourtant sagace

(1) Hennecius. *Elementa juris Germanici*; Tailliar, *Essai sur les Institutions du nord de la France*, ch. IV, n° 59; Dorencourt, *De la communauté chez les Gaulois*, REVUE PRATIQUE DE DROIT FRANÇAIS, année 1859, t. VII, p. 262.

(2) COMMENTAIRES *De Bello Gallico*. Liv. VI, ch. XIX.

de l'historien de la guerre des Gaules, et M. Kœnigswarter a pu dire avec raison, que dans sa préoccupation de romain, il a pu, sans cesser d'être exact, prendre le principal pour l'accessoire (1). A l'autorité de César on peut opposer celle de Tacite, non moins scrupuleux et observateur que lui : « Les Gaulois et
« les Germains se ressemblent physiquement et politiquement, ils ont le même genre de vie et les
« mêmes institutions. » Tout ce que Tacite dit en effet des Germains, César l'a déjà dit des Gaulois, l'analogie des régimes matrimoniaux des deux peuples est frappante, et nous verrons que le régime germain est l'antithèse de la communauté coutumière.

M. Laferrière qui analyse celui des Gaulois y trouve :

1° Une dot apportée par la femme ;

2° Une donation égale du chef du mari ;

3° Un avantage irrévocable au profit de l'époux survivant.

Ce qui a dû tromper César, c'est l'égalité des apports faits par les époux, mais ces donations réciproques nous les retrouverons en Germanie, d'où les Gaulois les avaient peut-être rapportées, au temps des premières invasions restées ignorées de l'histoire, et, détail significatif, au décès les acquêts ne se partageront pas, comme cela aurait lieu dans une communauté, ils seront dévolus pour la totalité au survivant. Comme le dit M. Laferrière : « Il n'y a pas de régime en
« communauté, car le mari ne peut aliéner les apports
« ainsi mis en réserve, ni même disposer librement des

(1) *L'organisation de la famille en France*;

« fruits. — Il n'y a pas communauté, car les objets
« apportés et les profits accessoires ne sont, ni par-
« tagés au décès de l'un des époux, entre le survivant
« et les héritiers du prédécédé, ni susceptibles d'aucune
« reprise.

« Il y a gain de survie; il y a donation mutuelle et
« légale au profit du survivant des époux (1) ».

II. — Dans son *Essai sur l'histoire du droit français*, M. Giraud, sans fonder exclusivement sur le droit romain l'origine de notre communauté légale, croit reconnaître certains traits présentant avec elle une analogie lointaine, et M. Laboulaye soutient le même système (2). Cette opinion est à notre avis erronée, et de tous les systèmes celui-ci doit-être écarté le premier. Le régime matrimonial romain, dans son dernier état, est essentiellement un régime de séparation de biens ; le mari propriétaire d'une dot cependant inaliénable, usufruitier exclusif des biens de sa femme, c'est la négation de notre régime national. En admettant même que la transmission du régime romain se soit faite à l'époque classique, il ne serait rien changé, car, si les restrictions à l'aliénabilité de la dot et aux pouvoirs du mari sont moins rigoureuses, cependant l'inaliénabilité existe déjà, et la restitution à la femme de son apport est une charge du mari. Ce n'est donc pas dans un régime qui, à son origine, donnait le droit de vie et de mort au mari sur sa femme, droit dont il sut user

(1) *Histoire du droit français*, II. p. 81.

(2) *De la condition des femmes*, p. 137 et suiv.

parfois (1), qui anéantissait la personnalité civile de la femme, et faisait absorber son patrimoine par celui de son mari, et qui, plus tard, dans le droit de Justinien, sous la pression des mœurs, se relâchant de sa rigueur, séparant ce patrimoine de celui du mari le rend inviolable, malgré la volonté contraire de la femme ; ce n'est pas sous une législation qui consacre la dissolution du mariage *mero consensu*, qui permet à la femme créancière de son mari de faire poursuivre celui-ci, même durant le mariage, qui sépare les intérêts des époux, et laisse à la femme une telle indépendance, ou l'asservit si étroitement, qu'il faut chercher un régime d'égalité et d'union.

III. — On a enfin recherché dans le droit germanique la solution que ne donnaient ni les *Commentaires*, ni le *Digeste*. Généralement repoussé par les historiens français, ce système est en faveur chez les écrivains allemands. (2)

On sait la vie nomade des Germains contemporains de César et leur haine des maisons (3). Cette considération a servi de point de départ pour expliquer une prétendue communauté germanique. L'habitude de la vie au dehors, l'existence commune dans un chariot,

(1) Egnatius Metellus, sous Romulus, tua sa femme qui s'était enivrée, et cet acte fut considéré par tous comme un salutaire exemple.

(2) Zoëfft. *Elément germanique dans le code Napoléon*; M. Ginouilhac, *Hist. du régime dotal et de la communauté en France*; Paul Viollet, *Précis de l'histoire du droit français*, p. 660.

(3) *Commentaires*, Liv. VI.

où la femme suivait son mari à la guerre, partageant ses fatigues et ses périls; la médiocrité de la fortune privée, le capital tant immobilier que mobilier nul chez des peuples nomades, ignorant à peu près la monnaie d'or et d'argent; un pareil état social a dû faire naître une communauté de fait et de coutume.

Ces considérations ne sont pas sans valeur, mais, à elles seules, elles sont insuffisantes, puisqu'elles ne peuvent fournir qu'une hypothèse. Ce ne sont pas les textes qui nous tireront d'embarras, on n'y trouve que contradiction et incohérence. (1) Selon nous le *mundium* loin d'être l'origine de la communauté, en renferme le principe opposé, il explique peut-être quelques particularités de notre communauté, les pouvoirs exorbitants du mari, c'est-à-dire tout ce qui n'est pas la communauté, puisque, qui dit société, dit égalité des associés. La communauté, telle que nous l'entendons, dans la simplicité de son principe, c'est la confusion des biens durant le mariage, et le partage entre les époux à la dissolution, or, ce qu'on trouve dans le régime germain, c'est au contraire une séparation de biens et un gain de survie. La femme si elle survivait prenait le tiers des produits de la collaboration. Si au contraire elle précédait, le mari, seul propriétaire, transmettait ses biens à ses propres héritiers; c'était en quelque sorte un droit de viduité. C'est ainsi que les Burgondes n'attribuaient même la *tertia pars* à la

(1) *Lex Ripuaria*, tit. XXXVII, cap. I et II; *Lex Burgond.*, tit. LXII, cap. I; *Capitulaire*, V, 295.

femme survivante qu'à titre d'usufruit (1), la législation était la même chez les Francs (2).

D'ailleurs on ne trouvera, ni dans les lois anglo-saxonnes, ni dans l'ancien droit de l'Allemagne, aucune institution qui rappelle notre communauté; ni le *Miroir de Saxe* ni le *Miroir de Souabe* n'y font allusion, et, ce qui confirme notre opinion, la communauté n'a commencé à se développer en Allemagne que vers la fin du moyen âge (3).

Or, on comprend que les lois barbares ont dû conserver l'empreinte de la coutume originaire de Germanie, les envahisseurs sont entrés en effet sur le sol de la Gaule avec leur droit, longtemps maintenu dans son intégrité par le principe de la personnalité.

Ce qu'on trouve dans les usages germains, c'est le prix du *mundium*, sous des noms divers, *sponsalium*, *dos*, *pretium nuptiale*, *gyllt*, *arrha*, *metha* qui dut être, avec le *morgengab*, l'origine du douaire germanique, et, comme le fait observer M. Cardaillac (4), c'est le christianisme qui en faisant du mariage un sacrement, favorisera cette transformation. Aussi peut-on dire que la fortune de la femme germane se composait :

- 1° De la dot, ou *faderfium* constituée par le père;
- 2° Du *doarium*, donation *ante nuptias*, qui devint

(1) Lex Burgond., *loc. cit.*

(2) Frédégaire, liv. V, p. 83.

(3) Mittermaier, v. § 385 et notes 18 et 22.

(4) *Origine et développement de la communauté de biens entre époux*, p. 28 et suiv.

sous l'influence du droit romain la marque des unions légitimes;

3° Du *morgengab*, quelquefois indépendant du *doarium*, mais qui ne tarde pas à se confondre avec lui.

Le mari avait, durant le mariage, plein pouvoir sur ces biens, la femme les reprenait à la dissolution du mariage, elle y joignait une partie des acquêts. Mais cette acquisition n'avait qu'un caractère successif, car le prédécès de la femme n'obligeait le mari à restituer que le *faderfium*, et les héritiers de la femme ne participeront aucunement aux acquêts. Certes la communauté est proche, que le droit de survie devienne un droit ferme, un droit de copropriété, et la transition pourra se faire, mais cette distance, jamais le droit germanique ne la franchira, il faudrait porter atteinte à la puissance du mari et cette puissance est sacrée (1).

IV. — Si la communauté n'est pas une institution immémoriale, si elle n'est pas davantage le legs d'une législation étrangère, c'est donc qu'elle s'est formée et développée sur le sol de France depuis l'invasion. Cette opinion réunit la majorité des auteurs français.

Il convient d'abord de remarquer que ce n'est pas, et que ce ne pouvait pas être l'œuvre d'une volonté souveraine et législative; les vainqueurs étaient entrés en Gaule avec leur droit, vivant auprès des vaincus, d'abord sans se mêler à eux, et en leur laissant leurs

(1) Sic : Beaune, *Introduction à l'étude du droit coutumier français jusqu'à la rédaction officielle*, p. 180; Laferrière, *op. cit.*, III, p. 163; Glasson, *Hist. du droit et des institutions de la France*, I, p. 215 et 216.

institutions nationales. Mais l'asservissement des indigènes suivit de près l'établissement des envahisseurs. Il n'y eut bientôt plus de droit que celui des maîtres du sol, par conséquent le droit germanique. Le morcellement de la puissance publique aida encore à ce mouvement. Si la communauté naît de la coutume, c'est de la coutume lentement élaborée, usages devenus le droit commun par la marche lente de la civilisation. Aussi faut-il rejeter l'opinion du savant Laurière, le commentateur de la Coutume de Paris, quand il attribue à une ordonnance de Philippe-Auguste, donnée en 1219, au Pont-de-l'Arche, l'origine de la communauté; car, en admettant même et l'authenticité de l'ordonnance et l'interprétation qu'il en fournit, elle fut destinée à la Normandie exclusivement, et l'on sait que le droit commun de cette province excluait la communauté entre époux.

Deux faits moraux et sociaux, dit M. Cardaillac (1), caractérisent cette époque (l'époque féodale): 1° le droit pour chaque individu de régler l'ordre de succession dans sa famille; 2° l'esprit général d'association.

En effet l'esclave affranchi, devenu serf, cultivant la terre du seigneur, à charge d'une redevance, devient propriétaire des fruits de son travail et les transmettra à ses enfants. Sa condition obscure, que la loi ne règle ni ne protège encore, lui permettra de se faire sa loi à lui-même, et d'autre part, comme il

(1) *Op. cit.*, p. 58.

est faible, c'est dans l'association qu'il cherchera un point d'appui.

Cette tendance est favorisée par l'esprit de l'époque. Au moyen âge on ne rencontre qu'associations : chez les vainqueurs, la chevalerie ; dans le clergé, les monastères ; chez les vaincus, la commune dans la ville, les associations de laboureurs à la campagne. Loin de s'y opposer le seigneur y aidera, car l'association c'est la culture meilleure, c'est la taille plus forte, c'est en tout cas, la solvabilité du redevable.

Cet esprit d'association entra si bien dans les mœurs du moyen âge, que bientôt la communauté d'existence pendant plus d'une année fit présumer la communauté de biens. Deux frères vivant ensemble pendant un an et un jour étaient considérés comme associés. Combien plus naturelle était la présomption d'association entre mari et femme ! Aussi verrons nous, quand la communauté légale sera organisée, ce régime dater seulement de l'an et jour du mariage.

« Compagnie se fait, dit Beaumanoir, à même pain et pot(1) » « Tout alors, dit Michelet, était commun, non seulement la maison, mais le foyer et jusqu'aux instruments de ménage (2) ».

De fortune personnelle, ils n'en avaient pas, la terre était bien noble ; seuls les fruits de leur travail pouvaient servir de noyau et comme d'assise à un patrimoine. Quoi de plus équitable que de partager les économies, comme on avait partagé les fatigues !

(1) COUT. DE BEAUVOISIS, ch. XXI.

(2) *Origines du droit français* p. 268.

Quoi de plus naturel que la communauté de l'épargne si péniblement arrachée à l'ingratitude d'un sol encore mal cultivé et à la cupidité toujours grossissante du seigneur ! Ces communautés s'étendirent des campagnes aux villes. Guy Coquille trace de ces intérieurs un tableau original et touchant :

« Le feu, dit-il, c'est la marque d'un ménage et
« famille, ès villages ; car en chacune famille et com-
« munauté, quoiqu'ils soient plusieurs mariés, tous
« n'ont qu'un foyer, auprès duquel les femmes accou-
« chent de leurs enfants, et n'y a cheminées ès chambres
« particulières de chacun marié.... Aussi la vulgaire
« usance en ce pays est, quand quelqu'un veut changer
« de domicile, il éteint son feu, en présence de person-
« nes publiques au lieu qu'il déclare et va l'allumer en
« son nouveau domicile (1) ».

Beaumanoir ; dans un chapitre intitulé *comment Compagnie se fait par Coustume*, conte que des associations conventionnelles avaient lieu entre agriculteurs du Comté de Clermont, et que certaines s'établissaient par mariage : « Si tost comme mariage est fes, dit-il, li
« bien de l'un et de l'autre sont communs par vertu du
« mariage. Mais voirs (vrai) est que tant comme ils
« vivent ensemble li hans en est mainburnissières, et
« convient que le feme suefre (souffre) et obéisse de
« tant comme il appartient a lor meubles et os despuel-
« les (fruits) de lor héritages ; tant soit ce que quoique li
« feme y voie et perte tout apertement, si convient il
« qu'elle suefre de la volonté de son seigneur. Mais

(1) Sur Nivernais, art. 13.

« voirs est que li treffons (pleine propriété) de l'héritage
 « qui est de par le feme, ne pot li mari vendre, si ce
 « n'est de l'octroi et volonté de se feme; ne le sien
 « mesme, si elle renonce à son douaire (1) ».

Voilà donc un commencement de communauté: biens communs, mari administrateur et gardien des biens de la femme.

Les *Assises de Jérusalem* (2) nous apprennent que la femme a la moitié des acquêts, mais elle n'en peut pas disposer pendant la vie de son mari. Si la femme meurt la première, la moitié qui lui revient appartient à ses enfants. Ce n'est plus le droit successif germanique.

Seulement au XI^e siècle, la communauté n'existe qu'entre gens de poeste, *de potestate* (3), c'est-à-dire entre roturiers, et lorsqu'elle aura pénétré dans les classes plus élevées, lorsque plus tard, lors de la réformation des coutumes, on voudra en faire le régime de droit commun, on entendra les protestations des nobles qui réclameront l'attribution au survivant des meubles et conquêts, mais ils succomberont, « mal-
 « gré les patriciens, dit le procès-verbal de la coutume
 « de Blois, qui ont déposé et affirmé avoir vu écrit
 « en leurs anciens coutumiers, ladite coutume telle que
 « les nobles la prétendent. Car on leur oppose le
 « préjudice et le dommage qui adviendraient aux
 « mineurs et à la chose publique. »

(1) COUT. DE BEAUVOISIS, ch. XXI, p. 303.

(2) *Cour des Bourgeois*, art. 163 et 166.

(3) *Ibid.*, art. 118, 162, 163, 169 et 172; *Etablissements de Saint-Louis*, liv., I, ch. XV, CXXXVII, CXXXIX et Beaumanoir, *op. et loc. cit.*

C'était la dernière résistance du régime germain. Toutefois, ce régime ne fut pas sans grande influence sur la communauté coutumière. La prépondérance du mari « seigneur et maître » la situation de la femme plutôt *in habitu* que *in actu*, sont autant de restes de l'ancien *mundium*. Les régimes se sont évidemment pénétrés.

C'est donc transformée par une série de perfectionnements successifs apportés par la jurisprudence des Parlements, que la Communauté est venue jusqu'à nous. Il serait dans bien des cas aussi téméraire d'assigner une date à chacun d'eux qu'à la communauté elle-même.

En ce qui concerne les récompenses, elles ne sont apparues que bien postérieurement.

A l'époque où la communauté s'introduisit dans les mœurs, le besoin de ce tempérament à l'omnipotence maritale ne se faisait guère sentir. La communauté était roturière, son actif se composait de meubles tous acquêts. Il était dès lors inutile de prévoir la conservation de propres qui n'existaient pas, et cet état se maintint encore quelque temps après que l'extension du régime à la noblesse eut rendu désirable cette protection. Le principe de la conservation des propres dans les familles lui donnera bientôt naissance.

D'après les *Etablissements de St-Louis* (1), la femme et ses héritiers ne doivent aucune récompense aux héritiers du mari pour les améliorations faites sur l'héritage de la femme et même pour les constructions

(1) I, 141.

qui auraient été édifiées durant le mariage, ce sont là des actes de bonne administration de la part du mari. (1)

L'ancienne Coutume de Paris est muette à cet égard « hommes et femmes conjoints par mariage sont « communs en biens, meubles et conquêts, immeubles « faits durant et constant mariage. » (2) On chercherait en vain dans les articles qui règlent le partage une dérogation à ce principe (3).

Toutefois, la puissance du mari avait des limites; il ne pouvait vendre le bien de sa femme qu'avec le consentement de celle-ci (4).

Mais quand elle y avait consenti, le prix tombait en communauté sans récompense: « *Pretium ipsorum*, « dit Choppin, *in commune referebatur, jure nuptialis « consortii rerum mobilium* » (5) et plus loin il ajoute : « *Hujus pretium rei censetur promiscuæ conjugaliū « bonorum communioni mixtum atque confusum.* » (6)

C'était un souvenir du *mundium* germanique, dont la jurisprudence nouvelle n'avait pas entièrement dépouillé l'esprit. Mais, comme les abus ne tardèrent pas à se signaler, les contrats de mariage, suppléant l'insuffisance de la coutume, stipulèrent souvent la clause d'*assignation* ou de remploi; l'usage en fit une clause de style, et sous les coutumes réformées: « La

(1) Laferrière, *op. cit.*, t. VI, p. 171 et Beaumanoir, *op. cit.*, p. 398.

(2) Art. 110.

(3) Tit. x, art. 104 à 107.

(4) Beaumanoir, *Cout. du Beauvoisis*, ch. xxi, § 2.

(5) *De morib. Paris.*, liv. I, tit. I, n° xxiv.

(6) *Ibid. op. cit.*, liv. II, tit. I, n° xiii.

« coutume qui est une mère providée et indulgente
« suppléant à qui est obmis par les contractants » (1)
la sous entendra.

« Attendu que sans cela les époux seraient maîtres
« de s'avantager en augmentant la communauté par
« la vente de leurs biens propres. » (2)

Aussi Loysel dira-t-il maintenant : « Dettes des
« propres de la femme aliénés est de communauté » (3)
et la Coutume de 1580 formulera dans son article 232
le principe des récompenses : « Si durant le ma-
« riage est vendu aucun héritage ou rente propre
« appartenant à l'un ou l'autre des conjoints par
« mariage, ou si ladite rente est rachetée, le prix de
« la vente ou le rachat est repris sur les biens de la
« communauté, au profit de celui auquel appartenait
« l'héritage ou rente » et les coutumes d'Orléans et de
Calais réformées en 1583 suivront l'exemple de leur
aînée. (4)

Cependant le motif de la coutume n'était pas le
même que celui de notre Code. On avait cherché non
la consécration d'une idée d'équité, mais un obstacle
ou tout au moins un remède, aux donations interdites
entre époux, auxquelles aboutissait indirectement
l'aliénation pure et simple des propres. Même sous les

(1) Brodeau S. Louet (lettre R., n° xxx).

(2) Bourjon, 6^e partie, ch. II, section III, n° 26.

(3) *Institutes Coutumières*, liv. I, tit. II, reg. XVIII.

(4) Cependant les Coutumes de Sens (art. 285), de Bar (art. 83-84), de Blois (art. 164-165), de Melun (art. 225), de Metz (tit. VI, art. 2), du Bourbonnais (art. 238), n'admirent le remploi qu'autant qu'il fut stipulé par le contrat de mariage ou l'acte de vente.

coutumes qui ne prohibent pas absolument les avantages entre époux, on se réclamera cependant du même motif en disant qu'il y aurait inconvénient à permettre des donations qui ne seraient pas l'effet d'une volonté certaine et expresse (1).

Toutefois une théorie générale sur les récompenses dues par la communauté aux époux n'a été bien établie que depuis Dumoulin, et c'est la puissance de doctrine du célèbre commentateur qui a provoqué dans l'art. 232 de la coutume de 1580, le droit réciproque de la femme et du mari, et en 1591 nous verrons un arrêt du Parlement étendre au mari le principe général de la récompense (2).

Mais le principe d'équité que nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui n'est apparu que plus tard, pour passer enfin des traités de Pothier (3) dans notre Code civil.

Les récompenses telles que les reconnaît notre droit moderne sont réciproques, en ce sens que la communauté ne doit pas plus s'enrichir aux dépens des époux que ceux-ci aux dépens de la communauté, et qu'il n'y a pas à distinguer si c'est le mari ou la femme qui a réalisé le profit ou subi la perte. Le droit à une réparation existe pour chacun d'eux. Une théorie complète des récompenses nécessiterait donc l'examen des deux faces de la question : Récompenses dues à la

(1) Pothier, *De la Communauté*, nos 585, 606 et 607.

(2) Charondas, art. 232 de la *Cout. de Paris*, p. 146, voir aussi Guy Coquille, question 165.

(3) *De la Communauté*, nos 197, 585, 593, 607, 608, 627, 633 et 639.

femme par la communauté, récompenses dues à la communauté par la femme; ces mêmes questions se posant à l'égard du mari. D'autre part, l'un des époux ayant pu tirer un profit personnel des biens de son conjoint, nous aurions à examiner encore les récompenses au double point de vue de la femme et du mari.

Cette étude nous entraînerait en des développements trop considérables, nous avons préféré la limiter. Nous ne nous occuperons que des droits actifs de la femme, nous négligerons donc toutes les récompenses dont le mari pourrait avoir à exercer le recouvrement, et toutes celles dont la femme serait débitrice.

Toutefois, pour donner plus d'unité à notre sujet, nous avons cru utile d'examiner non seulement les récompenses que la femme pourra réclamer à la dissolution du mariage à l'occasion de ses propres aliénés, mais encore les reprises des propres conservés en nature, qu'elle reprendra dans leur état. Nous aurons ainsi une idée à peu près complète des droits de la femme lors du partage pour reconquérir son patrimoine, et de la procédure qu'elle devra suivre pour y parvenir.

D'une part le principe, de l'autre son application, telle nous paraît être la division la plus méthodique de notre sujet. Nous étudierons tout d'abord les droits en eux-mêmes, nous occupant de les déterminer dans leurs causes, leur quotité et leur nature, ces questions feront l'objet de notre première partie. Dans une seconde nous traiterons les modes de réalisation des droits ainsi déterminés, examinant successivement comment ce recouvrement pourra se faire, à quel titre

il se fera, qui pourra l'exercer et contre qui sera dirigée l'action, puis accessoirement nous indiquerons, sans trop de développements, les garanties qui assurent à l'action son efficacité.

Reprises en nature et créances de la femme seront les deux titres des chapitres compris dans chacune des deux parties ; et, comme ces créances peuvent avoir deux sujets passifs, le mari ou la communauté, le chapitre des récompenses sera divisé en deux sections spéciales à chaque ordre de ces créances.



PREMIÈRE PARTIE

DÉTERMINATION DES REPRISES

Le code civil (art. 1470) prétend reconnaître trois espèces de reprises des époux contre la communauté : « Chaque époux prélève, dit-il, 1° ses biens personnels « qui existent en nature ; 2° le prix de ses immeubles « aliénés ; 3° les indemnités qui lui sont dues par la « communauté ».

Ce n'est là qu'une fausse apparence. Si la reprise des propres doit être mise à part, il n'y a pas lieu de distinguer entre les autres catégories. En effet, le prix des immeubles aliénés n'est qu'une récompense comme une autre ; c'est une reprise en valeur opposable à celle en nature, mais qui ne diffère des autres indemnités que par son origine, nullement par sa nature, ou

même par son mode de recouvrement (1). Aussi adopterons-nous une division plus rationnelle que celle du Code, celle que nous venons d'indiquer.



CHAPITRE I

REPRISE EN NATURE DES BIENS PERSONNELS ENCORE EXISTANTS

La pratique judiciaire, en cela conforme aux traditions de l'ancien droit, qualifie d'action en reprise l'action tendant pour un époux à faire reconnaître, à la dissolution de la communauté, son droit exclusif sur certains biens. C'est un vice de langage que le Code ne paraît pas avoir évité. S'il n'emploie pas le mot « reprise » pour désigner cette opération, il se sert d'un équivalent aussi inexact. « Sur la masse des biens, dit l'article 1470, chaque époux *prélève* :

« 1^o Ses biens personnels qui ne sont point entrés en communauté, s'ils existent encore en nature... »

Mais comment reprendre ce qu'on n'a jamais perdu ? Si les biens des époux ne sont jamais entrés en communauté, pourquoi et comment les en faire sortir ? Ce qui

(1) Laurent, *Principes de droit civil*, XXII, n^o 498.

est tombé dans le patrimoine commun, c'est l'administration et la jouissance ; quand viendra à se rompre le lien conjugal, c'est cette possession qui sortira de l'indivision. Cette opération se fera en dehors de toute liquidation, par le seul effet de la loi. C'est un état de fait qui cesse, non un état de droit qui change. Comme le dit M. Troplong, quoique dans un style un peu amphigourique : « A la dissolution de la communauté, les propres se détachent de plein droit et reviennent à leur source. Il n'est pas même nécessaire d'une appréhension de fait ; chacun rentre *ipso jure* dans le sien (1) ».

Ce n'est pas, comme on pourrait le croire, une vaine querelle de mots ; la terminologie vicieuse du Code pourrait induire en erreur sur la véritable nature des reprises et amener une confusion.

Nous verrons plus tard qu'il est maintenant à peu près unanimement reconnu en doctrine, et constant en jurisprudence, que les récompenses s'exercent comme un droit de créance ; or, la généralité excessive des termes de l'article 1470 aurait pu conduire à faire assimiler les deux catégories de reprises et à faire décider : ou bien que le prélèvement des biens personnels constitue comme celui des indemnités un droit personnel, ce qui serait une énormité, ou inversement que les récompenses constituent comme la reprise des propres un droit réel, théorie qui n'a pas été abandonnée sans difficulté.

Néanmoins ces réserves faites nous continuerons

(1) *Contrat de mariage*, III, n° 1620.

à nous servir des expressions de la pratique ; quoique vicieuses il faut les accepter, puisqu'en matière de langage l'usage fait loi.

§ 1. — *Causes de reprises*

Les causes de reprises sont de deux sortes ; l'article 1470 autorise le prélèvement des biens encore existants, il faut entendre ainsi : les propres par contrat de mariage, ou échus durant le mariage, et ceux acquis en remploi de ces biens. Or, il peut arriver que ces biens, conservés dans leur individualité physique, aient été aliénés, perdant ainsi leur individualité juridique.

Lorsqu'ils n'ont été l'objet d'aucune aliénation, il n'y aura guère de difficulté, les biens sont restés la propriété de la femme, elle n'aura pas à les reprendre. Toutefois, si le mari avait la prétention de les traiter en *conquêts* et d'en faire ordonner le partage, la femme ferait reconnaître en justice son droit de propriété.

Dire dans cette hypothèse quelles seront ces causes de reprise serait passer en revue toutes les catégories de propres ; question trop large pour les limites restreintes de notre sujet, et que nous supposerons résolue.

Dans le second cas, celui où le mari a vendu un propre de sa femme, il convient d'écarter tout d'abord l'hypothèse où la femme aurait donné son adhésion, soit expresse, soit tacite, par son concours à l'acte,

car, ayant consenti à l'aliénation, son droit sur le bien s'est transformé en un droit au prix.

Mais reste alors le cas où le mari aurait vendu arrière de sa femme, ou contre le gré de celle-ci. Certes l'espèce ne sera pas commune dans la pratique, les acquéreurs seront presque toujours assez prudents pour exiger le concours de la femme, qui les mettra à l'abri d'une éviction. Il n'est cependant pas impossible que le mari, pressé par un besoin d'argent, et ne pouvant pas triompher des résistances de la femme ne se fasse passer près des tiers pour seul propriétaire des biens qu'il désire aliéner. Dans ces circonstances, la femme pourra-t-elle néanmoins reprendre en nature, en revendiquant contre les tiers acquéreurs ?

Afin de simplifier la question et de la réduire à son principe, nous supposerons que la femme attend pour agir la dissolution de la communauté, et nous réserverons pour la seconde partie de notre étude la question de savoir si elle le peut durant la communauté.

A la dissolution de la communauté la femme peut prendre plusieurs partis : elle peut renoncer à la communauté, nul doute en ce cas qu'elle puisse revendiquer l'immeuble aliéné sans droit par son mari. Celui-ci se trouve vis-à-vis d'elle comme un tiers quelconque vendeur de la chose d'autrui. La vente est nulle, elle pourra faire prononcer cette nullité.

Si la femme accepte, la question devient plus délicate et fort controversée. On est généralement d'accord pour autoriser cette revendication lorsque l'acquéreur a su, soit que le mari le lui ait dit (par exemple s'il s'est porté fort pour sa femme), soit autrement, que le

bien vendu était la propriété de la femme. En effet l'acquéreur ne saurait sérieusement se plaindre de l'éviction, il a contracté en connaissance du vice de son titre. Seulement comme nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui, la communauté, *condictione sine causâ*, restituera le prix qu'elle a encaissé, et la femme prendra en charge par son acceptation moitié de cette obligation, sauf le cas d'inventaire (1).

Mais où la discussion devient plus vive, c'est lorsque le mari a vendu comme sien à un acheteur de bonne foi l'immeuble de sa femme. Le mari dit-on est tenu de garantir la vente, par suite la femme qui accepte endosse par là même cette obligation; or qui doit garantie ne peut évincer, la femme est garante soit pour moitié, suivant les uns, soit pour le tout suivant d'autres qui tiennent pour l'indivisibilité de la garantie, elle ne pourra donc pas revendiquer, ou tout au plus elle ne le pourra que pour moitié.

C'est la théorie soutenue par Pothier dans son *Traité de la vente* (2). Que la femme soit garante c'est ce que l'on ne saurait guère contester. Le mari est garant, par suite la communauté. En vain répondrait-on que le mari a vendu sans droit, et que par suite il n'a pu obliger la communauté. Comme on a très bien répondu le mari n'a pas le droit de commettre des crimes et cependant ses crimes obligent la communauté.

Mais en quoi consiste cette garantie: « Garantir,

(1) Aubry et Rau, V. § 510, texte et note 24, p. 347 et 348; Guillouard, II, n° 803, p. 278.

(2) N° 180,

« dit M. Laurent, veut dire défendre ou payer; c'est
 « une seule et même obligation; celui qui n'est pas
 « tenu de l'une ne saurait être tenu de l'autre. En fait
 « garantir veut dire payer les dommages-intérêts
 « résultant de l'éviction, parce que le vendeur, le
 « plus souvent, n'essaye pas même de défendre
 « l'acheteur » (1). Quelle est donc l'obligation du mari ?
 Est-ce de maintenir l'acheteur en possession ? Comment
 le pourrait-il ? — C'est de lui payer les dommages-inté-
 rêts et de lui restituer le prix, donc l'obligation prise en
 charge par la femme c'est, dans la mesure légale, de
 payer les dommages-intérêts et de restituer le prix
 touché sans cause.

Pothier il est vrai, après avoir soutenu cette opinion
 dans son *Traité de la vente* a professé l'opinion con-
 traire dans son *Traité de la Communauté* (2), et laissé
 à la charge du mari seul l'obligation de garantir sans
 la faire entrer en communauté. Il faut reconnaître que
 telle était la doctrine courante dans l'ancien droit.
 Mais en faisant remarquer qu'elle était contraire à
 l'idée du mari « seigneur et maître », nous avons fait
 justice de cette argumentation.

Toutefois un auteur moderne (3) a essayé de ren-
 forcer cette opinion en raisonnant de la manière sui-
 vante : il y a certains cas où le mari ne peut pas

(1) XXII, n° 155.

(2) N° 253, *Sic*: Guy Coquille, COUTUME DE NIVERNAIS. Titre: *Des droits des gens mariés*, art. iv; Le Brun, *Traité de la communauté*, liv. I, ch. II, titre III, distinct. I, n°s 38 et 39.

(3) M. Appleton, *Revue générale de législation*, année 1888, p. 5.

grever la communauté d'une obligation de garantie, tel serait par exemple celui où il aurait disposé de biens communs au profit de ses enfants d'un premier lit, car la garantie d'une telle donation conduirait au maintien de la donation elle-même (1), ce que la loi ne veut pas; or cette idée doit être généralisée, et si le défaut de garantie de cette donation est la sanction de l'article 1422, telle doit être celle de l'article 1428.

« Cet article, dit notre auteur, organise les pouvoirs
« du mari sur les propres de la femme comme l'article
« 1422 le fait pour ses pouvoirs sur les biens com-
« muns; si le mari ne peut, dans le cas de l'article
« 1422 grever la communauté d'une obligation de
« garantie destinée à assurer l'efficacité d'un acte qui
« dépasse ses pouvoirs, il ne le peut davantage dans
« le cas de l'article 1428; il y a identité de raison, ou
« plutôt argument *a fortiori*, car le mari ne peut aliéner
« plus efficacement un propre de la femme qu'un
« conquêt » (2) et il invoque encore l'article 1429 aux
termes duquel la femme n'est pas tenue de respecter
les baux au-delà d'une certaine durée. Mais la réponse
est facile, en l'espèce il y a texte ! Si l'article 1422 est
une exception on ne saurait l'étendre même *a fortiori*
à un cas voisin. Nous ajouterons que, si le mari vendait
le bien d'un tiers, la communauté devrait garantir.
Pourquoi pas, quand il vend celui de sa femme ?

(1) Cass., 14 août 1855, S., 55, 1, 776; Nancy, 17 mai 1861, S., 61, 2, 473; Rodière et Pont, II, n° 889; Aubry et Rau, v. § 509, note 13; Colmet de Santerre, VI, n° 66 bis, VII et VIII; Guillouard II, n° 706.

(2) Appleton, *op. et loc. cit.*

Nous admettons donc la garantie, sous cette réserve cependant que, bien que tenue comme commune des dommages-intérêts et du prix, comme propriétaire elle pourra revendiquer, non seulement pour moitié, comme le voulait Pothier, mais pour le tout.

On fait à notre système une double objection. Si vous admettez le principe de garantie, vous êtes obligé de le reconnaître pour le tout, car la garantie est indivisible, et alors devant garantir vous ne pouvez évincer.

Nous contestons d'abord le point de départ. Certes l'obligation d'assurer la paisible possession d'une chose est indivisible, mais est-ce bien là l'obligation dont est tenue la femme? Elle n'est obligée qu'autant et de la même manière que son mari, or, celui-ci serait bien empêché d'assurer cette *vacua possessio*, il ne peut faire qu'il n'ait vendu le bien d'autrui, et par suite il ne peut qu'indemniser, en argent, dette divisible, dont sa femme prendra sa part jusqu'à concurrence de son émolument.

Une considération pratique recommande notre solution. Si la femme acceptante ne pouvait pas revendiquer son bien, ou ne le pouvait que pour partie, elle se verrait à la dissolution de la communauté, ou obligée de renoncer à une communauté prospère pour conserver son propre, ou obligée de renoncer, au moins en partie, à son action, si elle tenait à sa part dans la communauté. De sorte que la violation de l'article 1428 aurait pour résultat assez inespéré, de devenir une source de bénéfices pour le mari. Une pareille conséquence ne condamne-t-elle pas le principe?

La femme acceptante triomphant dans son action sera comme nous l'avons dit obligée d'indemniser l'acheteur; mais que devra-t-elle? Nous renvoyons cette question, à l'examen des effets de l'action en reprise.

Si, au lieu d'exercer la reprise en nature par la voie de la revendication, la femme ratifiait l'aliénation, elle aurait droit à la valeur de l'immeuble, il y aurait lieu alors à appliquer les règles relatives aux récompenses que nous étudierons au chapitre suivant.

§ 2. — *Nature de la reprise*

Deux questions : La reprise est elle une action réelle ou personnelle, mobilière ou immobilière.

La première de ces questions est loin d'avoir soulevé autant de discussions que celle de la reprise des indemnités. Il est incontestable que ce ne peut être qu'un droit de revendication, partant un droit réel. En effet, l'époux est propriétaire des biens de la communauté, il n'a jamais perdu son droit, les propres sont restés à côté du patrimoine commun sans s'y confondre, de sorte qu'à la dissolution de la société conjugale, l'obstacle qui s'opposait seulement à son pouvoir absolu et exclusif d'administration ou de jouissance va se lever. Si la propriété venait à en être contestée, ce serait par l'action de revendication

ordinaire, action essentiellement réelle qu'il devrait la faire reconnaître (1).

La question n'est pas sans intérêt. La femme n'aura pas besoin d'attendre la liquidation pour recouvrer la plénitude de ses pouvoirs sur ses propres ; sitôt la communauté dissoute, par le seul effet de la loi, elle en reprendra la possession avec tous ses avantages. Il n'y a pas en un mot de liquidation de notre reprise, comme il n'y a une liquidation des récompenses.

Autres conséquences : c'est que elle ne subira pas sur ses propres le concours des créanciers de son mari, et que, si elle a su se renfermer dans une sage réserve, elle reprendra ses immeubles francs et quittes de toutes les charges dont son mari aurait pu les grever ; enfin pas de droit de mutation, ni de transcription puisqu'il n'y a pas translation de propriété, toutes conséquences qui seraient évidemment différentes si son droit n'était que personnel.

Ce droit est-il mobilier, ou immobilier ? La réponse est simple, c'est la nature de l'objet revendiqué, qui fixe la nature de l'action, ce sont donc les circonstances qui régleront ce point. L'action sera mobilière si elle porte sur un meuble, immobilière si elle porte sur un immeuble. Nous déduirons plus tard les conséquences pratiques de cette distinction.

(1) Le Brun, *Traité de la communauté*, n° 1. p. 290 ; Guillouard, III, n° 1620.

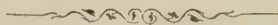


CHAPITRE II

RÉCOMPENSES OU INDEMNITÉS

Nous avons examiné les causes de reprises en nature que pouvait exercer la femme, nous allons maintenant étudier la seconde partie de son actif propre, les reprises en valeur, c'est-à-dire les récompenses ou indemnités.

Nous savons déjà que la théorie des récompenses n'a pas toujours été admise dans notre ancien droit, et que, lorsqu'elle apparut, elle n'avait pas ce caractère général qu'elle a aujourd'hui, généralité qui tient au principe d'équité, qui lui sert de fondement. Aucun patrimoine ne doit s'enrichir aux dépens de l'autre, ni la communauté, ni l'époux. Aussi la femme peut-elle avoir deux sortes de récompenses; contre la communauté, ou contre son mari.



SECTION I

Récompenses dues par la communauté

§ 1. *Origine des récompenses*

On a souvent comparé la communauté à un banquier qui encaisserait les fonds pour le compte des époux, sauf à leur en tenir compte, et à leur restituer plus tard, les sommes reçues en dépôt.

Cette idée nous en trouvons l'application dans notre matière. Toutes les fois en effet qu'une valeur propre à un époux aura été transformée en une somme d'argent ou autre chose fongible, devant tomber en communauté, elle se confondra avec son actif, et il sera dû récompense à l'époux propriétaire, de cette valeur qui s'appellera récompense. Le Code, il est vrai, ne formule pas le principe, mais, d'une part la théorie de l'ancien droit dans son dernier état, que le Code a entendu consacrer, d'autre part les préoccupations d'équité auxquelles a visiblement cédé le législateur, permettent facilement de combler cette lacune et de poser une règle générale que confirment et certifient les applications particulières qu'en a fait notre loi moderne.

On a coutume de dire que le principe des récompenses étant fondé sur ce motif d'équité que nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui, il sera dû récompense toutes les fois que l'un des époux ou la commu-

nauté aura profité d'un préjudice subi par l'autre époux. C'était la doctrine de Pothier au siècle dernier :

« On peut aussi établir pour principe général, que
« chacun des conjoints est lors de la dissolution de la
« communauté créancier de tout ce dont il a enrichi
« la communauté à ses dépens, pendant qu'elle a
« duré » (1).

C'est la doctrine que nous devons reprendre aujourd'hui.

Le Code aurait peut-être pu emprunter sa formule au célèbre commentateur de la coutume d'Orléans, il est même permis de regretter qu'il ne l'ait pas fait, alors que l'article 1437 qui règle les récompenses dues par les époux à la communauté se termine par une généralisation de la même idée. Néanmoins c'est sous forme d'exemples que le Code a dans trois textes, les articles 1431, 1433 et 1438, déposé les règles des récompenses dues par la communauté aux époux. Mais la règle s'induit facilement des applications.

Il est aisé à la lumière du principe que nous avons adopté de reconnaître par conséquent quand il sera dû récompense. On se posera ces deux interrogations : La communauté s'est-elle enrichie ? L'époux s'est-il appauvri ? Si les deux réponses sont affirmatives, il y aura récompense.

On comprend que les cas où l'époux aura droit à une indemnité doivent être nombreux et il peut être difficile de régler par avance toutes les causes de récompense ; présenter une nomenclature complète

(1) *Traité de la communauté*, n° 607.

serait vain et puéril, sauf quelques hypothèses délicates, tout au plus peut-on distinguer plusieurs catégories de récompenses.

À cet égard l'article 1433 nous dit que l'aliénation, sans emploi, d'un immeuble propre donne lieu à récompense du prix, si ce prix a été versé dans la communauté; de même pour les services fonciers dûs à un propre, et dont on se serait rédimé; c'est une première catégorie de récompenses.

Quand à un propre parfait aura été substitué un propre imparfait, l'époux propriétaire aura droit à la restitution de la valeur représentative de son bien, tombée en communauté.

L'article 1431 prévoit le cas où une dette de communauté aura été acquittée par un époux, en ce cas encore récompense du montant des déboursés de l'époux, c'est la deuxième catégorie.

Enfin le mari administrateur des biens de sa femme peut s'exposer pour ses actes de gestion maladroite à des dommages-intérêts, que la communauté devra supporter elle-même, comme obligée par le fait de son représentant. C'est notre troisième catégorie de récompenses.

Nous formulerons ces trois ordres de récompenses de la manière suivante :

- 1° Reprise en valeur des propres parfaits ;
- 2° Restitution en faveur de la femme des engagements par elle pris et exécutés sur ses propres ;
- 3° Dommages-intérêts à la femme à titre de réparation du préjudice par elle subi à l'occasion de la mauvaise gestion du mari.

Première catégorie. — L'article 1433 prévoit deux cas de récompense : 1° quand il a été vendu un immeuble propre à un époux ; 2° quand on s'est rédimé de services fonciers dûs à un propre et que le prix a été versé dans la communauté.

Cette opération peut en effet se décomposer : d'une part les époux transforment l'immeuble en une somme d'argent, d'autre part l'époux propriétaire prête à la communauté le prix de son fonds.

Pour première condition l'article 1433 exige donc l'aliénation du propre, mais notre texte n'est pas limitatif, il n'est aucunement nécessaire que le propre aliéné soit immobilier, il serait tout aussi bien dû récompense des propres mobiliers.

Qu'importe aussi le mode d'aliénation. Ainsi par exemple la femme donne en paiement d'une dette de communauté un bien qui lui est propre, il est certain qu'il lui sera dû récompense, car il en est absolument comme si elle avait vendu son bien et qu'avec le prix, la communauté eût payé sa propre dette. Il faudrait bien entendu que la dette éteinte par la dation en paiement soit une dette tombée dans le passif de communauté, sans récompense, sinon la femme aurait éteint sa propre dette et la première condition celle de l'appauvrissement manquerait.

De même une carrière a été ouverte pendant la communauté, les règles de l'usufruit, que rend applicables à notre hypothèse l'article 1403, font alors, des produits de ces biens, des propres, dès lors la vente de ces produits, dont le prix sera touché par la commu-

nauté, donnera encore ouverture au droit de récompense ; en effet, c'est une aliénation du propre. Si la mine ou la carrière, au lieu d'être exploitée par la communauté, avait été concédée à un tiers par application de la loi du 21 avril 1810, l'indemnité due par le concessionnaire ne tomberait en communauté que sauf récompense.

Récompense également du prix de vente des bois de haute futaie qui auraient été abattus, ou des bois taillis non mis en coupe réglée qui auraient été exploités (1). En effet, si la communauté a droit aux coupes des bois taillis et de futaies aménagées, (art. 1403, 590 et 592, C. civ.) elle n'a, au contraire, aucun droit sur ceux de ces bois qui seraient abattus en dehors des règles de l'usufruit (2).

« Mais, dit Le Brun, ceux que les passants ont
« arrachés ou que la force des vents a déracinés
« appartiennent à la communauté, parce que son droit
« est plus considérable que celui d'un usufruitier
« ordinaire » (3). La conséquence serait que la vente de ces objets ne donnerait lieu à aucune récompense du prix.

Nous ne croyons pas que cette opinion doive être suivie. La communauté est régie par les règles de l'usufruit, rien dans sa législation particulière ne dit qu'il faille y déroger, nous pensons qu'il faut plutôt dire

(1) Pothier. *De la communauté*, n^{os} 96 et 97.

(2) Aubry et Rau, V, § 514, p. 333 ; Guillonard, I, n^o 393, p. 312 et II, n^o 899, p. 339.

(3) Liv. I, chap. v, Dist. II, n^o 2.

avec Ulpien que « *Si vi tempestatis reciderunt, dici oportet pretium earum restituendarum mulieri, nec in fructum cedere* » (1).

Cependant on pourrait reconnaître, par argument de l'article 592, au mari le droit d'employer, sans récompense, les arbres tombés ou arrachés, à faire les réparations dont il est tenu (2).

La communauté, usufruitière des biens des époux, fera sienne et sans récompense, les récoltes excrues sur leurs fonds, elle en deviendra propriétaire par la perception. Mais cette perception devra avoir lieu, et aura lieu le plus souvent à l'époque de la maturité. Cependant il peut arriver qu'en prévision de la mort prochaine de sa femme le mari ne procède hâtivement à la récolte, ou plus simplement n'en fasse la vente sur pied. La communauté devra-t-elle récompense ?

Le Code n'a pas prévu ce cas; heureusement fort rare. Nous croyons que la communauté devra récompense. Les fruits ne deviennent sa propriété que par la perception, et, de même que l'usufruitier ne peut percevoir que lors de la maturité, de même la communauté devra attendre cette époque. Le mari trop cupide qui voudrait s'enrichir aux dépens de sa femme obligerait la communauté à restituer ce qu'elle a perçu indûment, de même que l'usufruitier, ou du moins ses héritiers devraient compte au nu-propriétaire d'une récolte faite dans de pareilles circonstances. Il ne faut pas que la violation du devoir imposé au mari de jouir

(1) Loi 7, § 12. Dig., *Solut matrim.*

(2) MENESSON, *Essai sur les récompenses*, p. 56.

en bon père de famille devienne pour lui une source de profits (1).

Serait-il dû récompense des primes ou lots qui viendraient à échoir durant le mariage à l'occasion d'une obligation dont la femme serait propriétaire ?

On sait qu'une obligation est dite à *prime* lorsque, outre un intérêt annuel, elle donne droit à une prime quand elle est appelée au remboursement par voie de tirage au sort. On dit que l'obligation est à *lots* lorsqu'elle donne des lots qui sont attribués périodiquement de la même manière. Ce qui sert à former les primes et les lots, c'est la retenue opérée sur les intérêts; au lieu de verser aux obligataires un intérêt de 4 0/0 ou 5 0/0 on ne leur verse que 3 0/0 ou 4 0/0, la différence sert à composer les primes. Si une obligation de cette nature appartient à la femme et qu'elle vienne à sortir au tirage, à qui appartiendra la prime ou le lot et sous quelle condition ?

Ces primes ou lots étant des valeurs mobilières tombent dans la communauté, mais n'y tomberont-elles qu'à charge de récompense ? Pour soutenir l'affirmative on pourrait dire que la communauté n'étant qu'usufruitière des propres des époux, tout ce qui en provient, non à titre de fruits, mais de *produits*, ne doit pas lui appartenir définitivement, mais seulement à charge de restitution; qu'il en est de la prime ou lot comme du trésor, c'est un *donum fortunæ*, donc un

(1) Pothier, *op. cit.*, nos 210 et 211; Toullier, V, p. 51; Menesson, *op. cit.*, p. 37.

propre, si la communauté encaisse la somme elle en devra récompense.

Sans doute, répondrons-nous, la prime de remboursement constitue un gain inespéré, mais là n'est pas la question. L'assimilation avec le trésor est une pure illusion, car l'usufruitier dans le fonds duquel est découvert un trésor ne paie rien pour l'acquérir, bien différent est le cas de la communauté usufruitière d'une valeur à lot; elle subira une réduction sur les intérêts, réduction qui est la représentation de la chance qu'elle court de toucher la prime. S'il y a loterie, c'est la communauté qui paie le billet, équitablement le gain doit lui appartenir. On pourrait objecter que le lot gagné représente non seulement les retenues subies sur les intérêts payés à la communauté depuis le mariage, mais encore celles faites sur ceux payés au donateur avant la donation qui en a rendu l'époux propriétaire; la réfutation est facile : chaque tirage forme une nouvelle loterie, indépendante de celles qui l'ont précédée, comme chaque retenue est indépendante de celles effectuées les années précédentes, le fait de n'avoir pas gagné à l'un d'eux ne donne pas droit de gagner aux autres, c'est donc bien avec ses seuls revenus que la communauté a payé les chances de gain, il est juste qu'elle seule en profite, d'autant plus que la femme ne peut invoquer aucun préjudice, qui lui donne droit de se plaindre. Ce n'est donc pas, selon nous, à titre d'usufruitière, mais bien de propriétaire, que la communauté touchera définitivement les primes.

La Cour de cassation, qui admet au contraire que le

nu-propriétaire a droit à la nue-propriété du lot ou de la prime, tandis que la jouissance en appartiendrait à l'usufruitier, aboutit par voie de conséquence à une solution opposée à celle que nous venons d'énoncer : « Attendu, dit-elle, que cette prime forme un surcroît de capital qui appartient au nu-propriétaire de l'obligation et dont la jouissance seule peut être réclamée par l'usufruitier » (1) ce sont les seuls motifs de la Cour, un peu insuffisants nous paraît-il.

Nous croyons encore que les dommages-intérêts accordés durant la communauté à un époux ne donneraient lieu à aucune récompense. « La femme veuve, disait Loysel, prend part à la réparation civile adjugée pour la mort de son mari, *ores qu'elle renonce à la communauté* » (2). Le dernier membre de phrase est peut-être de trop, mais il montre que notre ancien droit coutumier était formel sur ce point. La généralité de l'article 1401 doit faire admettre la même opinion : tous les meubles tombent en communauté.

Reste pour terminer une dernière question, celle de savoir si le trésor que, suivant la plaisante expression de M. Guillouard : « on trouve plus fréquemment dans

(1) Cass., 14 mars 1877, S., 78, I., 1; Paris, 13 avril 1878; S., 78, 2, 134; Trib. de Château-Thierry, 20 décembre 1882; S., 84, 2, 103; cette dernière décision attribue le tout au nu-propriétaire.

(2) *Instit. coutumières*, liv. III, tit. iv, reg. 22, n° 399, p. 381; *Sic* : Le Brun, liv. III, ch. II, sect. II, dist. II, n° 42, p. 470.

« le Code civil que dans la vie » (1), qui viendrait à échoir à un époux donnerait lieu à récompense.

Le trésor, on le sait, comprend deux parts : celle de l'inventeur, et celle du propriétaire du fonds où il a été découvert.

Le trésor qui échoit à l'époux inventeur est un gain inespéré, mais un produit de l'industrie de l'époux, comme tel il tombe dans la communauté, donc pas de récompense (2).

Quid de la part qui échoit à l'époux à titre de propriétaire du fonds ? La question est de savoir si c'est un propre ou un acquêt, car dans le premier cas il y aura lieu à récompense, dans le second, point.

Un parti soutient que la part échue *jure soli* aussi bien que celle échue *jure inventionis* tombe dans la communauté; on raisonne de la manière suivante: Il n'y a pas appauvrissement de l'époux, car le trésor n'ajoutait rien à la valeur du fonds. « Ce trésor, dit M. Duranton, ne faisait pas plus partie du fonds que les bêtes fauves qui s'y trouvaient n'en font partie » donc en séparant le trésor du fonds on ne retranche rien à la valeur de l'immeuble; et, comme pour n'être pas un fruit, le trésor n'en est pas moins un meuble, il faut qu'il tombe en communauté (art. 1401).

On invoque à l'appui de ce système l'opinion d'auteurs considérables de l'ancien droit: « *Nunc quidem* (maritus) disait d'Argentré, *vendicare poterit et consumere, non uti in fundo uxorio repertum, sed*

(1) A son cours.

(2) Guillouard, I, n° 364, p. 333.

« *quia immobilium vim et numerum cadit. Ideoque et
« mariti arbitrium est* » (1). Puis c'est Duplessis discutant l'opinion de Choppin : « Choppin dit que l'argent caché de temps immémorial dans un lieu est réputé immobilier, mais cela n'est pas véritable parce que cet argent n'est pas un fruit de l'héritage où il est trouvé, et comme c'est une chose mobilière, il doit par conséquent entrer en communauté » (2). Lebrun d'ailleurs exprimait la même opinion (3).

Nous ne croyons cependant pas devoir nous rallier à cet avis. L'autorité de l'ancien droit est singulièrement infirmée par cette considération que la question y était très controversée. On s'en est aperçu à notre dernière citation, et la lecture de Pothier, qui aurait pu inspirer nos législateurs bien plus que celles des jurisc.onsultes plus anciens, ne laisse pas de doute : « Quoique ce trésor, disait-il, soit un mobilier, le tiers qui en appartient au conjoint, en sa qualité de propriétaire de cet héritage, ne doit point entrer dans la communauté, parce que c'est quelque chose qui lui est provenu de son héritage propre sans être un fruit » (4).

(1) Coutume de Bretagne, art. 53, note 2, n° 8, p. 12.

(2) *Communauté*, liv. I, ch. II, note H, p. 363; Voici le passage de Choppin : « *Vetus præterea depositio pecunie, cujus non extat memoria, immobili cuidam accensetur* ». *De morib. Paris.*, liv. I, tit. I, n° 30, p. 41.

(3) *Communauté*, liv. I, ch. v, Sect. II, Distinct II, n° 35, p. 129; Troplong, I, n° 417; Rodière et Pont, I, n° 454; Demolombe, XIII, n° 44; Bugnet sur Pothier, *Traité de la communauté*, n° 98, note 2; Menesson, *Essai sur les récompenses*, p. 58 et s.; Laurent, XXI, n° 228; de Folleville, I, n° 156 bis.

(4) *Traité de la communauté*, n° 98.

C'est l'opinion qui doit être suivie aujourd'hui. Comme le dit M. Demolombe (1), c'est *jure accessionis* que le trésor appartient au propriétaire du fonds, sorte de transaction entre les droits de l'inventeur et les droits de propriétaire. Si donc c'est un droit provenant d'un immeuble sans en être un fruit, il reste propre. Qu'importe que l'époux ne s'appauvrisse pas par la séparation du trésor de son fonds, la question la première à élucider n'est pas celle-là ; il s'agit de savoir si c'est un propre, et l'appauvrissement de l'époux n'y entre pour rien. Si comme nous le croyons, c'est un propre, lors de la dissolution de la communauté à défaut de la représentation en nature de cet objet, il y aurait lieu à récompense (2).

La deuxième condition pour que la femme puisse réclamer une récompense est que le prix de l'aliénation ait été versé dans la communauté. Que faut-il entendre par là ? Pour nous, il faut et il suffit que le prix ait été mis à la disposition de la communauté, c'est à ce moment que la communauté a été constituée dépositaire et que par suite est née l'obligation de restituer. Si donc à la dissolution de la communauté le prix était encore dû, c'est à l'acquéreur que la femme devrait s'adresser, car la communauté n'a pas pris part la vente, l'action du vendeur n'a donc pas pu tomber en communauté.

(1) XIII, n° 43.

(2) Duranton, XIV, n° 133 ; Aubry et Rau, V. § 507, texte et note 28, p. 289 ; Colmet de Santerre, VI, n° 21 *bis* ; Guillouard, I, n° 394, p. 363.

Mais si l'acheteur était devenu insolvable, le droit de la femme périssant en fait par la négligence de son mari, n'aurait-elle pas alors droit à une récompense ?

Ce n'est pas assurément de la disposition de l'article 1433 qu'elle pourrait se réclamer, car la communauté n'est pas obligée comme dépositaire. La femme aura évidemment une action en dommages-intérêts contre la communauté, engagée par la faute de son chef. Cette dette sera, comme toutes les créances de la femme contre la communauté, régie par les principes des récompenses (1).

Doit-on entendre par ces mots : le prix doit-être versé dans la communauté, que la communauté doit avoir profité du prix ? nullement. Il suffit, que le prix ait été mis à sa disposition, ou à celle du mari. Ainsi il serait dû récompense lors même que le mari aurait dissipé immédiatement les fonds. En effet, sitôt que la communauté a pu disposer du prix, elle s'est trouvée obligée au remboursement, elle est dans le cas d'un emprunteur, chez lequel périraient les fonds empruntés, il n'en reste pas moins débiteur. Il suffit suivant l'expression de Pothier, que le prix soit *parvenu à la communauté*. Ainsi la femme aurait droit à une récompense au cas où le mari aurait délégué dans l'acte de vente le prix à ses créanciers, en effet la délégation est une tradition abrégée, *brevi manu*, disaient nos

(1) Laurent, XXII, n° 454, p. 466; *Contra* : Rodière et Pont, II, n° 938, p. 223.

anciens, et cette tradition fictive suffit pour que le versement soit considéré comme opéré. D'ailleurs, en payant sa dette, le mari paye une dette de communauté, la communauté a donc reçu le prix (1).

Donc quand la communauté a reçu le prix, le droit à une récompense est définitivement ouvert. Mais en quoi doit consister ce prix? S'il consiste en argent, pas de difficulté. Que décider s'il consiste en un autre objet? Il y aura, si cet objet est un corps certain, meuble ou immeuble, un véritable échange; s'il n'a pas été fait régulièrement remploi, la femme aura-t-elle droit à une récompense? Evidemment oui. La communauté s'est en effet enrichie, la femme s'est appauvrie, et ce, de la valeur de l'objet reçu en échange du propre, la récompense est donc certaine.

Il peut arriver que la vente du propre ait été effectuée, non plus moyennant un prix ferme, c'est-à-dire moyennant un droit perpétuel, mais contre un droit temporaire et viager: un usufruit ou une rente viagère, donnerons-nous récompense à la femme?

La question est controversée, du moins dans la doctrine, car la jurisprudence paraît maintenant fixée définitivement.

Une première opinion soutient qu'il n'est dû aucune récompense :

Le droit de jouissance de la communauté dit-on,

(1) Laurent, XXII, p. 466, n° 455.

dans ce système, est un droit général et variable, s'étendant sur tous les biens des époux, mais subsidiaire au droit des époux eux-mêmes; la communauté jouit de la propriété des époux, qui conservent sur elle un droit absolu de disposition, donc ils sont libres de transformer leurs biens comme ils l'entendent et le droit de la communauté, subordonné, à la toute puissance de leur volonté pourra augmenter ou diminuer suivant que le droit des époux augmentera ou diminuera lui-même. C'est ainsi que, si l'époux propriétaire échange un bien de plus grande valeur contre un autre de valeur moindre, la communauté ne pourra pas se plaindre, de même au cas inverse, l'époux aliénateur n'aura rien à réclamer; il a fait une mauvaise affaire, tant pis pour lui. La communauté du reste ne jouit pas spécialement de chaque bien des époux, mais généralement de l'universalité de leur patrimoine.

Pour renforcer cette argumentation, on ajoute que la solution contraire amènerait une foule de difficultés et de complications dans la détermination de la récompense (1).

Poser ainsi la question n'est pas, nous paraît-il, la placer sur son vrai terrain. Nous avons plus haut précisé les principes des récompenses, toutes les fois qu'un propre est vendu sans emploi, il y a récompense.

(1) Bugnet sur Pothier, VII, p. 312, note 2; Marcadé, V, art. 1436; Rodière et Pont, II, n° 945.

La vente d'un propre moyennant une rente viagère est une aliénation, le prix, c'est la rente viagère qui représente à la fois les fruits du capital aliéné et le capital lui-même, la communauté conserve son droit aux premiers, quant au second, elle en doit restitution. Il y aurait enrichissement de la communauté au préjudice de l'époux si elle pouvait tout garder.

Dans l'opinion que nous combattons on objecte encore que, d'après l'article 588, les arrérages d'une rente viagère ne seraient que les intérêts du droit à la rente, que par conséquent ce droit ayant été substitué au propre, c'est lui, et lui seul, que l'époux pourra reprendre, tel qu'il se trouvera à la dissolution de la communauté. C'est prendre un argument en dehors de la matière. L'article 588 règle les rapports du nu-propiétaire et de l'usufruitier, il décide ce qu'à la fin de l'usufruit le nu-propiétaire pourra réclamer, et, alors, bien certainement, c'est le droit à la rente qu'il reprendra, tout comme l'époux qui aurait apporté en mariage une rente viagère le ferait à la dissolution de la communauté. Mais ici tel n'est plus le cas, c'est l'article 1433, non l'article 588, qu'il s'agit d'appliquer. Eh bien, oui ou non, y a-t-il aliénation d'un propre ? Si oui, l'époux dira à la communauté : rendez le prix, qu'importe qu'il ait été ferme ou sous forme de produits viagers.

Quant à la dernière objection, que la liquidation des droits se trouvera souvent fort embarrassante, elle nous touche peu, la difficulté d'un calcul n'est pas une

raison d'éluder la loi, et puis, comme nous le verrons, le calcul n'est pas si compliqué qu'on le prétend (1).

Au surplus le système que nous soutenons n'est que la reproduction des traditions de l'ancien droit. Pothier et Le Brun (2) sont très affirmatifs sur la question : « Lorsque l'un des conjoints durant la « communauté a aliéné son héritage propre pour une « rente viagère, dit Pothier, la reprise due au conjoint consiste dans la somme dont les arrérages de « la rente viagère, courus depuis l'aliénation de l'héritage jusqu'à la dissolution de la communauté, « excèdent les revenus dudit héritage » (3). Or notre article 1433 n'étant que la reproduction des anciennes dispositions de la coutume de Paris, il nous paraît raisonnable de lui donner l'interprétation qui en était faite sous l'ancienne doctrine, à laquelle notre législateur a certainement entendu se référer.

Examinons maintenant l'hypothèse inverse, celle de la cession d'un droit temporaire d'usufruit, ou rente viagère, contre un droit perpétuel.

Deux cas peuvent se présenter : ou bien l'époux usufruitier survivra à la communauté, ou bien la communauté sera dissoute par la mort de l'époux vendeur.

Dans le premier cas on est d'accord pour reconnaître

(1) Cass., 1^{er} avril 1868, D. P., 68, 1, 311; Cass., 8 avril 1872, D. P., 72, 1, 108; Laurent, XXII, n° 466; Guillouard, II, n° 893, p. 353.

(2) *Traité de la communauté*, liv. I, ch. 1, Dist. II, n° 14.

(3) *De la communauté*, n° 594.

qu'une récompense est due. En effet, à la dissolution de la communauté, l'époux usufruitier aurait repris en nature son droit d'usufruit, il est donc appauvri de tout ce qu'il toucherait depuis le jour de la dissolution de la communauté jusqu'à sa mort; d'autre part la communauté s'est enrichie du prix de la vente; les conditions de l'article 1433 sont remplies, il y a lieu à récompense.

Autre est le cas où la communauté se dissout par la mort de l'époux usufruitier. Ici la doctrine est encore divisée.

Une première opinion enseigne qu'il est dû récompense du prix de la cession, tombé en communauté. On se fonde sur l'autorité de Pothier, qui dans son *Traité de la communauté* (1), déclare « qu'il n'importe
« que la dissolution de la communauté soit arrivée
« par le prédécès de celui des conjoints à qui appartie-
« nait l'usufruit ou la rente viagère, ou par celui de
« l'autre conjoint. La reprise du prix se règle de cette
« manière en l'un et l'autre cas. »

On ajoute que la communauté jouit des biens des époux comme ils sont, et comme il plaît aux époux de les transformer; si un droit temporaire a été échangé contre un droit perpétuel, le droit qu'elle avait aux arrérages s'est converti en un droit aux *intérêts* du prix, mais ce prix elle en doit restitution. Puis, dit-on, on n'a pas à considérer ce qui advient après l'aliénation. C'est au moment de la vente qu'il faut se placer pour fixer le droit à la récompense, or, un propre a été

(1) N° 392.

vendu, le prix a été versé dans la communauté, il y a donc récompense (1).

C'est un système que nous ne saurions admettre. L'autorité de Pothier, qu'il invoque, est loin d'être aussi sûre ici que dans l'hypothèse que nous avons examinée plus haut. Pothier, en effet, a varié sur cette question, et si dans son *Traité de la communauté* il affirme le droit à la récompense, dans son *Introduction à la coutume d'Orléans* (2) il le refuse. Si dans l'opinion précitée, et qui est la dernière en date, il faut le reconnaître, il s'est exprimé ainsi, c'est qu'il s'est cru lié par les termes très catégoriques de la *coutume*, mais nous n'avons pas à lutter contre un texte précis. Notre texte, en effet, ne doit être interprété qu'à l'aide du double principe posé et unanimement reconnu. La récompense ne s'accorde qu'à la double condition de l'appauvrissement de l'époux et de l'enrichissement de la communauté, or, si la vente fait profiter la communauté du prix de la cession, le vendeur lui, n'en éprouve aucun préjudice. A la dissolution de la communauté que reprendraient ses héritiers, si cette cession n'avait pas été faite ? Le droit viager. — Mais il est éteint !

On objecte, il est vrai, que ce n'est pas au moment de la dissolution de la communauté, mais de l'aliénation, que s'ouvre le droit à la récompense, que par conséquent c'est à cette dernière époque qu'il faut

(1) Rodière et Pont, II, n° 945 ; Troplong, II, n° 1090 ; Menesson, *Essai sur les récompenses*, p. 28 et suiv.

(2) N° 106.

se placer. Rien n'est plus exact, mais la question de savoir quelle était la nature du droit aliéné reste entière, car, si l'époux survit à la communauté, le droit cédé était un propre, s'il prédécède, la communauté n'a vendu que son droit de jouissance. C'est bien au moment de l'aliénation que naît le droit à la récompense, mais sous la condition que la nature du droit cédé y donne lieu, et cette nature ne sera connue qu'à la dissolution de la société conjugale. La récompense, dit-on, dépendra alors d'un fait accidentel ; mais, ne s'agit-il pas de droits aléatoires dont l'existence dépend elle-même d'un fait accidentel (1) ?

Nous appliquerons les solutions que nous venons d'adopter au cas où le droit viager aura été constitué sur la tête d'un tiers ; il y a en effet les mêmes raisons de décider. Si ce tiers survit à la dissolution de la communauté il y aura récompense, il n'en serait pas dû au contraire, au cas où il décéderait durant le mariage.

Mais *quid* du cas où l'un des époux a vendu la nue-propriété qui lui appartenait sur un immeuble ?

Il ne sera dû aucune récompense, dit-on. Ainsi formulée cette opinion serait trop absolue. Il est certain en effet qu'il sera dû récompense au moins pour

(1) Cass., 10 avril 1835, S., 55, 1, 241 ; Aubry et Rau, V, p. 353, note 5 ; Laurent, XXII, n°s 468 et 469 ; Colmet de Santerre, VI, n° 78 *bis* ; Guillouard, II, n° 896.

le prix de vente, la communauté l'a encaissé, elle en doit compte. Mais ne devra-t-elle rien de plus ?

La raison de douter vient de ce que l'époux nu-propriétaire éprouvera toujours un préjudice. Il avait un droit inproductif il est vrai, mais qui serait devenu productif le jour où le décès de l'usufruitier aurait complété sa nue-propriété. Or ces revenus sont définitivement perdus. Qu'on ne dise pas que la nue-propriété est représentée par le prix touché. Ceci serait vrai, s'il touchait les intérêts de ce prix, parce qu'alors les intérêts moindres, d'un prix réduit, peuvent être considérés comme l'équivalent de revenus plus considérables qui ne s'acquerront que dans un avenir peut-être éloigné. L'opération se traduira donc pour lui toujours par une perte sèche, plus ou moins considérable, suivant que la communauté tardera plus ou moins à se dissoudre, suivant aussi que l'usufruitier décèdera dans un délai plus ou moins éloigné ; mais enfin il éprouvera toujours un préjudice. L'une des conditions est réalisée, nous en convenons, mais l'autre ne l'est pas. La communauté a-t-elle trouvé un bénéfice dans le préjudice subi par l'époux, et la question doit s'entendre ainsi : S'est-elle enrichie ? Cela n'est pas prouvé : il se peut que l'opération lui ait profité, mais elle n'a pris que l'équivalent de son droit. Au lieu d'un droit éventuel plus considérable, elle a reçu un droit actuel plus modique. Au lieu de courir la chance de gros revenus, elle acquiert des intérêts plus modestes mais certains. L'opération est aléatoire, et comme dans les contrats aléatoires on ne peut dire qu'elle ait gagné ou perdu,

car elle a fait l'échange de deux chances, dès lors il est impossible de l'obliger à une récompense (1).

La question a été posée pour la première fois en jurisprudence le 27 décembre 1855, et la Cour d'Orléans (2) l'a résolue dans le sens que nous venons d'indiquer, mais par des motifs qui compromettent la cause plutôt qu'ils ne la servent :

1° Le droit de la communauté n'est qu'un droit subsidiaire de celui des époux, la jouissance de la communauté suit le capital des époux dans toutes ses transformations, sans qu'il en soit dû récompense ;

2° La capitalisation des intérêts pendant un trop long temps arriverait à donner aux époux une répétition démesurée, et entraînerait dans la pratique des complications sans nombre.

Nous connaissons déjà ces arguments produits dans une hypothèse que nous avons étudiée. Disons que cette jurisprudence est maintenant abandonnée, les motifs de l'arrêt d'Orléans n'ont plus qu'un intérêt historique.

L'époux vend des biens propres et stipule dans l'acte que le prix sera payé comptant, mais que néanmoins il continuera à jouir des biens pendant un certain temps. Aura-t-il droit en plus du prix à une récompense ?

Marcadé (3) trouve la question délicate, plus délicate même que les précédentes : Il est certain qu'en fait la communauté profitera de cette stipulation, car elle

(1) Guillouard, II, n° 898.

(2) D. P., 57, 2, 34.

(3) II, art. 1436, p. 563.

jouira cumulativement du bien lui-même et des intérêts du prix. L'époux de son côté éprouvera un préjudice car, vendu dans de pareilles conditions, le bien sera vendu moins cher et c'est aux dépens du prix que la communauté conserve la jouissance. Cependant il n'hésite pas à conclure qu'il ne sera dû aucune récompense, toujours par le motif connu, que l'époux est maître de disposer de son patrimoine comme il l'entend et que le droit de jouissance de la communauté suit cette disposition; il ajoute que le système contraire entraînerait des difficultés inextricables dans la pratique.

Pour nous, nous pensons comme Marcadé qu'il ne sera pas dû récompense, mais par des motifs différents. Et d'abord est-il si certain que l'époux éprouvera un préjudice? C'est loin d'être démontré. Ensuite la communauté ne s'enrichira pas forcément, comme on le prétend. Certes elle aura tout à la fois les intérêts du prix et les profits de la jouissance du bien vendu, mais, ou bien le prix n'aura subi aucune réduction, et en ce cas, de quoi l'époux pourrait-il se plaindre? Ou bien le prix est diminué et alors comme les intérêts en diminueront en même temps, on peut dire, sans crainte de se tromper, que la jouissance en nature de l'immeuble se compense par des revenus moindres sur le prix; la communauté a mangé ses intérêts par anticipation, mais non le capital de l'époux. N'ayant pas subi de préjudice, l'époux ne saurait réclamer de récompense.

Nous avons toujours supposé jusqu'ici que l'aliénation avait été régulière, c'est-à-dire faite par le

mari avec le consentement de la femme, ou, plus exactement, par la femme du consentement de son mari. Qu'arriverait-il si le mari avait vendu seul et sans mandat un bien appartenant à sa femme ?

Il est d'abord certain que la femme pourrait réclamer une récompense à son mari et à la communauté ; à son mari, car il est responsable de son propre fait, à la communauté comme responsable de la gestion du mari. La femme ne saurait en effet avoir moins de droits quand son bien est vendu hors sa présence que lorsqu'il l'a été de son plein gré (1).

Remarquons toutefois que la récompense aura une double origine. Jusqu'à concurrence du prix de vente tombé en communauté, elle sera de la première catégorie, et, pour le surplus, c'est-à-dire pour la différence entre son montant et le prix d'aliénation, elle constitue de véritables dommages-intérêts, appartenant à la troisième catégorie. Nous déduirons plus tard les conséquences de cette idée.

Notons encore que, dans l'opinion qui admet la femme à revendiquer (2), il faudrait dire que si elle use de ce droit, et qu'elle triomphe, elle ne saurait avoir de récompense ; il serait inique en effet de lui permettre de cumuler la reprise en nature avec celle en valeur (3) ;

(1) Troplong, II, n° 986 ; Rodière et Pont, II, n° 913 ; Aubry et Rau, V, § 510, texte et note 27 ; Laurent, XXII, n° 159 ; Guillouard, II, n° 812.

(2) *Supra*, p. 116 et suiv.

(3) Ce qui se comprend d'autant mieux que la communauté devra restituer à l'acheteur évincé le prix et peut-être des dommages-intérêts.

sauf l'indemnité pour les détériorations commises sur son bien par le tiers détenteur, et les frais de l'instance, récompenses qui appartiendront encore à la troisième catégorie.

Nous avons toujours raisonné dans l'hypothèse où la vente du propre avait eu lieu pendant le mariage. Faudrait-il admettre les mêmes solutions, au cas où cette vente aurait eu lieu entre la rédaction du contrat de mariage et la célébration du mariage ?

On l'a soutenu sur la foi de Pothier qui en donnait le motif suivant : « La raison est, dit-il, que les futurs
« peuvent bien se faire tels avantages que bon leur
« semblera par leur contrat de mariage; mais dans le
« temps intermédiaire entre le contrat et la célébration,
« il ne leur est plus permis d'en changer les condi-
« tions et de se faire aucun avantage, ni direct, ni
« indirect..... L'affectation qu'ils ont eue de les dissi-
« muler, lors de leur contrat de mariage, fait présumer
« qu'ils sont dictés par la passion puisqu'ils ont honte
« de les faire » (1).

Et c'est bien là l'argumentation qu'on a reproduite de nos jours : « La vente, dit M. Duranton, apporterait
« un changement notable aux conventions matrimo-
« niales..... et comme l'avantage indirect procuré par

(1) *De la communauté*, n° 371; *Sic* : Lebrun, liv. I, ch. iv, n°s 11 et 12. Mais l'autorité de cet auteur se trouve singulièrement amoindrie par cette considération qu'il admettait, en thèse générale, que le prix d'un immeuble vendu avant le mariage ne devait point entrer en communauté, parce qu'on devait avant tout examiner l'origine de la dette (Liv. I, ch. v, sect. 1, distinct. 1, n°s 10 et 16; Valin, art. 48, § 2, n° 4, p. 708).

« là au conjoint serait irrévocable, c'est une raison de
 « plus pour ne point admettre un système qui aurait
 « de très graves inconvénients dans beaucoup de
 « cas » (1).

Nous pensons au contraire qu'il n'est dû aucune récompense.

Il convient d'abord d'écarter l'ancien droit. Le motif de Pothier n'a pas inspiré, sous notre droit moderne, la législation des récompenses. Ce n'est pas la prohibition des donations entre époux qui fonde le droit à la reprise, puisque ces donations sont permises, sous réserve de leur révocabilité. On pourrait peut-être discuter le point de savoir si ces donations seraient irrévocables, comme étant antérieures au mariage, ou révocables comme postérieures au contrat. Mais ce n'est point affaire à nous qui nous occupons seulement des récompenses.

Cependant ajoute-t-on, (et c'est le second argument) vous modifiez les conventions matrimoniales, puisque d'un immeuble vous faites un meuble; et la loi défend de pareilles modifications, au moins en dehors de certaines formes que vous n'avez pas observées.

Est-ce bien là, répondrons-nous, un véritable changement aux conventions matrimoniales? Le régime des futurs époux reste le même, ce qui est changé c'est

(1) XIV, nos 184 et 330; Glandaz, nos 81 et 254; Zachariæ, III, § 507, n. 3; Troplong, I, nos 364 et 372; Dalloz, Repert., v^o *Communauté*, n^o 7363; voir aussi Pothier au titre X, de la *Coutume d'Orléans*, ch. v, n^o 112; Colmar, 27 fév. 1866, S. 66, 2, 227; Aubry et Rau, V, § 507, texte et note 7, p. 383; Laurent, XXI, n^o 268; Guillaouard, I, n^o 429, p. 392.

la nature des certains biens, et la loi n'a pas proscrit ces modifications.

Si fait, objecte-t-on, qu'on lise plutôt l'article 1404, qui décide que l'immeuble acquis depuis le contrat et avant la célébration entrera en communauté.

L'objection porte en elle-même sa réfutation. Si le législateur a cru devoir s'exprimer en ce cas, et garder le silence dans l'autre, la conséquence doit être que la disposition de l'article 1404 doit rester spéciale à l'éventualité qu'elle règle, et ne saurait s'appliquer à l'hypothèse inverse.

Les motifs du texte le démontrent surabondamment. La loi a voulu déjouer une fraude trop facile à commettre. Un époux en faisant un propre d'un bien destiné à tomber en communauté eût trompé son conjoint. Aussi a-t-elle décidé que, malgré la transformation, le bien resterait mobilier « *ne illudatur alterutri conjugum* » ; « cela est jugé par forme de dédommagement, dit Lebrun, car encore une fois, la communauté n'a lieu « que du jour de la célébration (1) ». Ce danger est-il à craindre dans l'hypothèse inverse ? Evidemment non. L'époux qui convertit un propre en bien commun porte préjudice à lui-même, non à son conjoint, et comme la femme n'est pas encore en tutelle, elle est parfaitement libre de faire sa condition pire.

Nous raisonnerons donc ainsi : La vente d'un propre entre le contrat et la célébration est licite, puisque rien ne la défend, or le propre par cette aliénation est

(1) Liv. I, ch. iv, nos 8 et 9.

devenu mobilier, donc commun (art. 1401, 1^o), par suite, pas de récompense. Lors même que les époux auraient eu en vue de se faire ainsi un avantage, il n'y serait rien changé, la donation directe étant possible, la donation indirecte l'est également, or un avantage indirect, c'est tout ce que l'on peut voir dans cette opération, et non une modification au contrat dans le sens de l'article 1395 (1).

A fortiori faut-il décider que l'immeuble vendu avant le contrat de mariage moyennant un prix ne se réalisant que pendant le mariage, ou même depuis la dissolution de la communauté, ne donnerait lieu à aucune récompense. La vente avait produit son entier effet au jour de l'acte, et c'est une créance, droit essentiellement mobilier, qui est tombée en communauté (2).

Que si la réalisation de ce prix était la conséquence d'une condition, ayant affecté la vente, et survenue durant le mariage, l'effet rétroactif de la condition ayant pour résultat de reporter au moment du contrat l'examen de l'acte, le droit de l'époux aurait toujours été mobilier, et serait par suite tombé en communauté, sans récompense : « *Certum est, purificatis conditio-*

(1) Menesson, *Essai sur les récompenses*, p. 12 et suiv.; Toulhier, XII, nos 271 et 352; Rodière et Pont, I, n^o 329; Odier, I, n^o 77; Marcadé, art. 1406, § 1.

(2) Menesson, *op. cit.*, p. 16; Aubry et Rau, V, § 507, texte et note 7, p. 283; Laurent, XXI, n^o 230; Guillouard, I, n^o 368, p. 334.

nibus, actum retro ad tempus ejus referri, et ex eo tempore valere » (1).

En sens inverse il serait dû récompense au cas où l'immeuble aurait été acheté par l'époux antérieurement au mariage, sous une condition ne se réalisant pas durant le mariage. La rétroactivité de la condition fait réputer le droit de l'époux consolidé sur sa tête au jour de la vente, et, comme l'objet de ce droit est un immeuble, il reste propre : « *Non enim omnis nova acquisitio communicatur inter virum et uxorem*, disait Dumoulin, *sed solum ea quæ fit constante matrimonio, et non dependet a jure jam alterutri eorum ante matrimonium quæsito.* » (2).

Les termes de l'article 1433 sont loin d'être restrictifs. Aussi le droit à une récompense sera indépendant de la forme de l'aliénation, à la condition qu'un enrichissement de la communauté corresponde à l'appauvrissement de la femme.

C'est ainsi, par exemple, que dans un partage avec soulte de biens propres à la femme, la soulte reçue en échange d'une fraction de l'immeuble sera reprise à la dissolution de la communauté (3).

De même encore, si sur une action en réméré, la femme était obligée de délaisser son immeuble, le prix de ce délaissement serait compris dans ses ré-

(1) D'Argentré, art. 418, glose 3, n° 9, p. 1543.

(2) *Comment. sur Paris*, tit. 1, des fiefs, § 43, n° 187, p. 1063.

(3) Guillouard, *loc. et op. cit.*, et les autorités.

compenses. Elle avait, en effet, un droit privatif sur l'immeuble, droit qui va se trouver aliéné par suite du succès de l'action du vendeur, il est donc juste que l'équivalent en argent lui soit restitué (1).

Nous croyons qu'il faut décider de même, si l'époux propriétaire d'un immeuble étant poursuivi pour lésion de plus des sept douzièmes, rendait l'immeuble en reprenant le prix. En effet, son droit avant le mariage était immobilier, et n'est donc pas tombé en communauté, si ce droit est transformé durant le mariage en une somme d'argent, la communauté en touchant cette somme s'enrichit d'autant et contracte, par suite, l'obligation de la rendre.

On est étonné de voir, dans cette hypothèse, Pothier changer d'opinion et enseigner que : « La
« vente qui lui a été faite de cet héritage étant rescin-
« dée par le jugement qui intervient sur cette action,
« il est censé n'en avoir jamais été propriétaire. » (2)

Un pareil système aboutirait soit à nuire à la communauté, soit à lui profiter exclusivement, selon que l'époux opterait pour le maintien de la vente ou pour le délaissement de l'immeuble. On favoriserait ainsi les donations irrévocables prohibées par le Code (3),

(1) *Sic* : Pothier, *De la communauté*, n° 597 ; Menesson, *op. cit.*, p. 36 ; *Contra* : Amiens, 10 avril 1861 ; D. P., 61, 2, 102 ; Rennes, 6 avril 1870 ; D. P., 71, 2, 67 ; Rodière et Pont, I, n° 373 ; Laurent, XXI, n° 231 ; Guillaouard, I, n° 369, p. 335.

(2) *De la communauté*, n° 598, et *Introd. à la coutume d'Orléans*, tit. x, ch. v, n° 1081, p. 310.

(3) En ce sens : Choppin, *De morib. Paris.*, liv. I, tit. i, n° 29, où il cite un arrêt du Parlement de Rennes, dans lequel *Pronun-*

et on fausserait dans les deux cas le principe d'équité qui doit présider à toutes les opérations de la communauté.

On conçoit, dans ces hypothèses, que si l'époux avait amélioré l'immeuble délaissé, et qu'il lui soit dû de ce chef une indemnité, il aurait récompense contre la communauté pour le montant de cette indemnité, en supposant bien entendu que les améliorations ont été faites des deniers de l'époux, c'est-à-dire la plupart du temps avant le mariage.

L'époux jouait jusqu'ici le rôle de défendeur à l'action en rescision et délaissait, pour se soustraire au paiement complémentaire du juste prix. Supposons maintenant un époux demandeur, réclamant ce supplément à l'acquéreur qui veut se maintenir en possession. Le complément du juste prix tombera-t-il en communauté avec ou sans récompense ?

La première question est de savoir si c'était là un bien de communauté ou un propre ; car, si c'était un propre, il sera évidemment dû récompense, au contraire la communauté ne sera tenue à rien si ce prix était son propre bien.

Pour nous c'est un propre. L'action en rescision est, de sa nature, immobilière puisqu'elle tend à la reven-

tutum est adversus mobilia donatoriam, année 1563 ; Charondas en ses *Réponses*, liv. VI, rép. 53, p. 222 ; Lebrun, liv. I, ch. v, sect. III, nombre 16, p. 132. — De nos jours, Toullier, XII, n° 189 ; Duranton, XIV, n° 346 ; Rodière et Pont, n°s 419 et 434 ; Rolland de Villargues, v° *Communauté*, n° 154 ; Glandaz, n° 88 ; Troplong, I, n° 446 et Menesson, *op. cit.*, p. 36, ont soutenu la même opinion.

dication d'un immeuble. La seule prétention que puisse émettre le demandeur, c'est que l'immeuble lui soit rendu; le défendeur peut bien il est vrai offrir le supplément du juste prix, mais c'est une pure faculté. Or ce n'est pas le résultat d'une action, mais son but qui en détermine la nature, donc l'action est immobilière et ne tombe pas en communauté. La somme qui en représente l'équivalent en argent ne sera encaissée par la communauté que sauf récompense.

Toullier combat cette conclusion. Il fait observer que le prix d'une vente antérieure au mariage tombant en communauté « la raison, le sens intime ne seraient
« pas satisfaits, si le supplément n'y tombait pas également, et cela pour le plus grand honneur de je ne
« sais quelles susceptibilités juridiques » (1).

Voilà bien de la phraséologie en pure perte. Les susceptibilités dont parle Toullier ne sont que les principes. Qu'a de si choquant notre conclusion? Est-ce que quand un immeuble est vendu durant le mariage tout le prix ne donne pas lieu à récompense? Eh bien! quand une partie seulement en est aliénée, la même solution s'impose pour cette partie. Et c'est bien ce qui se passe ici, puisque c'est un droit immobilier que la loi par son autorité convertit en un droit mobilier, en permettant *solutionis gratia* le paiement complémentaire. L'autre époux ne pouvait guère compter sur cette somme puisque le résultat normal de l'action devait être de faire rentrer un immeuble dans la communauté, non de provoquer le paiement d'une

(1) XII, n° 187.

somme d'argent (1). Ces principes sont formulés par M. Guillouard avec sa netteté habituelle : « Si l'obligation est facultative, elle n'a en réalité qu'un objet ; je dois une somme d'argent avec faculté de me libérer en cédant un immeuble, ma dette est mobilière, et l'immeuble est seulement *in facultate solutionis*. Par suite l'obligation tombera ou non dans la communauté suivant le caractère mobilier ou immobilier de son objet direct ; et l'on ne s'attachera pas à la nature de l'objet qui a été réellement payé » (2).

Comme corollaire à ces principes, il faudrait donner encore récompense à l'époux dont les droits immobiliers litigieux auraient été l'objet d'une transaction pendant la communauté. C'est ainsi qu'il aurait droit au remboursement du prix d'un désistement sur une action en revendication touchant l'un de ses biens.

Faut-il voir encore une aliénation donnant lieu à récompense dans l'hypothèse de certains partages, à l'occasion de succession à la fois mobilière et immobilière échue à l'un des époux. Expliquons-nous par un exemple. Dans un partage, alors qu'une certaine part de meubles devait échoir à la femme, on lui en attribue une part plus grande, qui se compense par l'infériorité de son lot immobilier ; faudra-t-il lui accorder récompense pour la différence entre l'attribution faite par le partage et la part qui devait arithmétiquement lui revenir.

(1) Menesson, *op. cit.*, p. 39 et suiv.

(2) *Op. cit.*, I, n° 360, p. 330.

Certes il y a bien là une aliénation, car, quoique les copartageants soient censés nantis de leur lot du jour de l'ouverture de la succession, il n'en est pas moins vrai qu'en fait il y a eu un véritable échange, chaque héritier abandonnant tous ses droits sur certains biens pour acquérir des droits privatifs sur d'autres. La femme qui recevra une part mobilière plus grande que celle qui devait lui revenir, abandonnera en échange sa part d'immeubles. C'est comme si elle avait reçu sa part arithmétique d'immeubles, et qu'elle l'eût ensuite échangée contre des meubles. Aussi pourrait-on y voir un principe de récompense. » On « doit ici se défendre, disait Lebrun, de tous les pré-
« jugés de la matière des successions ; et il ne s'agit
« plus de dire que les partages ont un effet rétroactif,
« qu'on est censé avoir eu au moment du décès ce
« qu'on a dans l'évènement des partages ; ces raisons
« sont hors-d'œuvre en fait de récompense de commu-
« nauté, qui ne touchent point aux partages de suc-
» cession et les laissent comme ils sont ; mais qui in-
« demnisent le conjoint de ce qu'il devait avoir, et
« sont un remède nécessaire pour conserver l'égalité
« entre conjoints. » (1)

Ces raisons ne touchaient cependant pas Pothier :
« On ne peut pas dire, en ce cas, que ce qu'il (l'époux)
« a eu de mobilier dans son lot de plus que le montant
« de sa part dans le mobilier de la succession, lui
« tienne lieu et soit subrogé à ce qu'il a eu de moins
« que sa part dans la masse immobilière. Les meubles

(1) *De la Communauté*, liv. I, ch. v, sect. II, Dist. I, n^{os} 40-43.

« et les immeubles de cette succession ne composent
 « qu'une même succession dans laquelle le conjoint
 « est censé n'avoir jamais eu de droit qu'aux choses
 « échues dans ce lot, par lequel il est rempli de toute
 « sa portion héréditaire. On ne peut donc pas dire
 « en ce cas que ce qu'il a eu de mobilier dans son lot
 « lui tienne lieu de droit immobilier, ni par conséquent
 « l'exclure de la communauté. » (1)

Ces deux citations, et bien d'autres que nous pourrions faire, témoignent suffisamment que la question était controversée dans l'ancien droit. Elle l'est encore dans le droit moderne.

Malgré l'autorité de Lebrun et des auteurs contemporains qui ont repris son argumentation (2), l'opinion de Pothier nous paraît devoir être adoptée de nos jours. Elle est la plus conforme à nos textes, surtout à celui de l'article 1401 qui fait tomber dans la communauté toutes les valeurs mobilières provenant de successions sans distinction entre les successions mobilières, immobilières ou mixtes. La règle de l'article 883 s'applique même en notre cas. L'époux héritier est censé approprié des biens héréditaires du jour du décès ; ses droits sont fixés à partir de ce jour, en vertu de la fiction de rétroactivité ; quant à la prohibi-

(1) *Traité de la communauté*, n° 100 ; *Sic* : Renusson, *Traité de la communauté*, 1^{re} partie, ch. III, n°s 4 et 5, p. 5. En rapprochant dans d'Argentré un passage de la note 1, § 10, *in fine* sur l'article 73, p. 307, de la glose 2, n° 7 sur l'article 418, p. 1537, on voit que cet auteur ne croyait pas qu'il y eût lieu à récompense.

(2) Aubry et Rau, V, § 507, texte et note 13, p. 285 ; et VI, § 625, texte et note 29, p. 567-568 ; Laurent, XXI, n° 233.

tion des avantages irrévocables entre époux, il ne peut y être contrevenu que si l'un des époux a frauduleusement conduit les opérations du partage, de manière à en tirer un profit, en ce cas, la collusion pourrait être démasquée et déjouée par l'application des articles 1096 et 1437, mais en ce cas seulement. La fraude nous paraîtrait même suffisamment caractérisée si l'un des époux avait, par exemple, sans aucune formalité, pris tel bien plutôt que tel autre, alors qu'il avait la liberté pleine et entière de choisir « *Dolus est si quis, nolit persequi quod persequi potest, aut si quis non exigerit quod exigere solet* » (1).

Nous avons supposé jusqu'ici un partage en nature, nous allons maintenant étudier l'application de nos principes au cas où les héritiers ont procédé à une licitation des biens, ou encore à celui où le partage a eu lieu avec soulte. Le prix de la licitation ou la soulte immobilière seront-ils l'objet d'une récompense ?

La question était encore discutée dans l'ancien droit. Lebrun tenait pour l'affirmative : « Il est dû récompense au conjoint si on lui a fourni une soulte de partage mobilière pour des droits immobiliers à lui échus, de même si son propre est adjugé par licitation à ses cohéritiers (2) ».

(1) Ulpien, l. 44 (Dig. *Mandati vel contra.*) En notre sens : Caen, 9 mars 1839 ; S., 39, 2, 351 ; Caen, 18 août 1880 ; S., 81, 2, 113 ; Menesson, *op. cit.*, p. 45 et suiv. ; Guillonard, I, n° 373, p. 339.

(2) *De la communauté*, liv. III, ch. II, Sect. I, Distinct. x, n° 2 et Distinct. v° du même livre. Voir aussi : Liv., I, ch. v, sect. I, Distinct. I.

Renusson professait la même opinion : « Si le partage a été fait durant le mariage, la soulte qui en est due n'entre pas en la communauté quoiqu'elle ait été payée durant le mariage. Elle doit être considérée en la personne de celui auquel elle est due, de même que le prix d'un héritage propre appartenant à l'un ou à l'autre des conjoints » (1).

Bourjon au contraire refusait la récompense par le motif que « le partage a un effet rétroactif et que le conjoint est censé n'avoir jamais eu de droits qu'en la soulte, pour cette portion d'immeuble, dont elle lui tient lieu, sauf toutefois l'effet de la fraude » (2).

Mais les annotateurs de Bourjon lui-même, désertèrent sa doctrine pour suivre celle de Renusson, qu'ils se sont contentés de copier, sans même indiquer la source de leur emprunt (3).

Pothier enseigna aussi la première opinion, celle de Lebrun et de Renusson, qui paraît avoir triomphé dans l'ancien droit : ce serait à tort, dit-il, que se fondant « sur ce que le partage ayant dans notre jurisprudence un effet rétroactif, ce conjoint est censé avoir succédé directement aux seuls immeubles échus dans son lot, et au retour en deniers dont son cohéritier est chargé envers lui ;... on décide... que ce retour en deniers doit tomber dans la communauté » (4)

(1) *Communauté*, 1^{re} partie, ch. III n° 16 ; *Sic : Propres*, 2^e partie, ch. IV, sect. I, n° 4.

(2) *Droit commun de la France*. 6^e partie, tit. X, ch. II, sect. VI, distinct. III, n° 67.

(3) 2^e Partie, tit. X, ch. III, n° 7, note.

(4) *De la Communauté*, n° 100.

Ces motifs doivent encore nous inspirer aujourd'hui. La part de l'époux était immobilière, elle a été transformée en une somme d'argent, qu'importe l'application de l'article 883, car il ne peut pas se faire qu'un partage ait pu changer la nature des droits de l'héritier « *Immobile enim hoc vulgo quæsitur, quasi in vicem hæreditatis, successorium pretium* » dit Choppin. Or, le droit mobilier, substitué au droit immobilier, est tombé en communauté, il est dès lors de toute justice que l'époux reprenne à titre de récompense ce qu'il aurait dû garder comme propre (1).

Mais si la licitation, au lieu de se faire durant le mariage, s'était faite avant le mariage, la transformation du droit immobilier en un droit de créance étant antérieure au contrat de mariage a eu pour résultat de faire tomber dans la communauté une action mobilière de sa nature, puisqu'elle l'était dans son objet « *actio judicatur secundum qualitatem rei, ad quam competit* » (2) par suite malgré qu'en ait dit Lebrun (3), contrairement à l'opinion de Renusson (4) et à celle de Pothier (5), il n'y aurait pas lieu à récompense (6).

(1) Nancy, 3 mars 1837 ; S., 39, 2, 202 ; Caen, 9 mars 1839 ; S., 39, 2, 351 ; Douai, 9 mars 1849 ; S., 50, 2, 180 ; Cass., 11 décembre 1850 ; S., 51, 1, 253 ; Caen, 18 août 1880 ; S., 81, 2, 113 ; Troplong, I, n° 444 ; Rodière et Pont, I, n° 431-433 ; Demolombe, XVII, n° 317 ; *Revue de jurisprudence*, 2^e année, p. 139 ; Marcadé, art. 1408, § 8 ; Guillouard, I, n° 374, p. 340.

(2) Tit. I, *Des fiefs*, § 20.

(3) Liv. I, ch. v, Sect. 1, Dist. 1, n° 16 à 21.

(4) *De la Communauté*, 1^{re} partie, ch. III, n° 13, p. 7, et l'arrêt conforme de 1651 par lui cité ; *Propres*, ch. IV, sect. 1, n° 3.

(5) *De la Communauté*, n° 69 et 77.

(6) Rodière et Pont, I, n° 330.

Deuxième catégorie. — La femme peut être atteinte indirectement et se trouver quelquefois obligée de déboursier pour la communauté des sommes qui ne lui profiteront nullement. En effet dans le but d'augmenter le crédit de la communauté ou de son mari, elle peut désirer ajouter à la garantie des obligations prises par la communauté sa propre solvabilité, ou bien encore prendre pour elle-même ces obligations. On conçoit qu'il serait injuste que cette louable pensée de bienfaisance vint à tourner plus tard à son préjudice, si elle ne pouvait rentrer dans ses déboursés; il serait également fâcheux que le sentiment qui l'anime fut arrêté dans son essor par la crainte d'un appauvrissement définitif, sans compensation. Aussi la loi a-t-elle voulu encourager son intervention secourable, en lui accordant les moyens de rentrer dans ses déboursés lorsque surviendra la dissolution du lien conjugal. Ces indemnités constituent la deuxième catégorie des récompenses.

Avant de les examiner en détail, nous devons dire que notre ancien droit n'en a pas toujours admis le principe, il finit cependant par prévaloir « n'estant pas
« raisonnable, dit Bacquet, qu'elle (la femme) paye
« aucunes debtes ou rentes d'ues par la communauté,
« attendu qu'elle avait apporté en ladite communauté
« joint qu'il est facile à un mari, ou bon, ou sévère,
« ou accort de faire parler sa femme ès debtes qu'elle
« créera ou rentes qu'il constituera » (1).

(1) *Droits de justice*, ch. xxi, n° 96, p. 218. Voir aussi Du-moulin sur l'article 245 de la *Coutume de Paris*.

Admises par notre Code ces indemnités se présenteront généralement dans les trois circonstances suivantes :

Ou bien, autorisée de son mari, la femme a parlé au contrat, en son nom seul ;

Ou bien elle s'est associée à son mari comme codébitrice solidaire ;

Ou bien elle s'est engagée avec lui comme codébitrice conjointe.

Dans tous ces cas si la dette n'a profité qu'à son mari ou à la communauté, elle pourra se faire indemniser.

PREMIÈRE HYPOTHÈSE. — L'article 1409, 2º, prévoit le cas où la femme a contracté avec l'autorisation de son mari.

« La communauté se compose passivement....
« 2º Des dettes tant en capital qu'en arrérages, ou
« intérêts, contractés par le mari pendant la communauté, ou par la femme du consentement du mari,
« sauf la récompense dans le cas où elle a lieu. »

On comprend qu'il peut bien arriver qu'un créancier peut confiant dans la solvabilité du mari, lui refuse absolument tout crédit, qu'au contraire, il se montre plus disposé à contracter, si au lieu d'un débiteur insolvable il trouve pour garantir le recouvrement de sa créance la fortune personnelle de la femme, qui en s'engageant vis-à-vis de lui, engage en même temps ses biens. En contractant avec la femme autorisée, il se donnera trois débiteurs : le mari, la femme et la communauté (art. 1419).

Mais le créancier se gardera bien de poursuivre le débiteur dont il s'est défié, c'est à la femme qu'il s'adressera, et si elle acquitte l'obligation, elle se retournera alors vers la communauté, et en obtiendra récompense, à la condition qu'elle n'ait point acquitté ainsi sa propre dette. Il faudra donc :

1° Qu'elle ait payé la dette ;

2° Que cette dette ait été contractée dans l'intérêt du mari ou de la communauté.

Mais la femme devra-t-elle attendre d'être actionnée, ou bien suffira-t-il qu'elle ait payé même volontairement ? C'est la seconde solution que nous préférons, et cela pour deux motifs : 1° la femme s'est obligée personnellement, c'est donc elle qui doit payer ; si le mari ou la communauté se trouvent obligés à côté d'elle, ils ne le sont que subsidiairement, le mari parce qu'en autorisant la femme, il a implicitement garanti l'exécution du contrat, la communauté parce qu'elle est obligée par le fait du mari ; 2° parce que le mari devra concourir au paiement au moins pour autoriser sa femme, et que par suite il ne pourra pas se plaindre qu'en payant, la femme a pu omettre d'opposer au créancier les exceptions que lui-même aurait invoquées.

Il faut en second lieu que l'obligation contractée ait eu en vue l'intérêt de la communauté ou celui du mari. C'est le droit commun de la matière, appauvrissement d'un patrimoine enrichissement de l'autre.

Qui devra faire la preuve que c'est en vue de la communauté que la femme s'est obligée ? La femme

pourra-t-elle *de plano* réclamer la récompense, en produisant la quittance justificative du paiement, cela en vertu d'une présomption, le mari étant obligé pour la faire tomber de prouver que la femme n'a en s'obligeant que considéré son propre intérêt?

D'après quelques auteurs (1), la femme hors du paiement n'aurait rien à prouver. C'est, disent-ils, une dette de communauté. Si elle prétend le contraire, qu'elle le prouve. Il y a présomption qu'une pareille opération a toujours en vue non l'intérêt de la femme, mais l'intérêt commun des époux. Si la dette n'avait pas dû profiter à la communauté le mari n'aurait pas autorisé.

L'affirmation est un peu leste. Où a-t-on vu d'abord que c'est la communauté qui doit? quand la femme contracte elle est obligée, principale obligée, et l'article 1409, en faisant tomber la dette dans la communauté, n'entend pas dégager la femme de son obligation, ou même la reléguer au second plan, mais plutôt imposer au mari une charge qui le fera réfléchir avant de donner trop à la légère son consentement à la femme. L'article 1419 ne distingue pas entre les patrimoines affectés au paiement de la dette, tous sont également frappés, et quant à l'article 1409 il vise une question d'*obligation*, non une question de *contribution*. Sauf la récompense *dans le cas où elle a lieu*, et la règle fondamentale, c'est que le demandeur doit faire la preuve de son droit.

Ensuite est-il si certain que cette dette aura toujours

(1) Guillouard, II, n° 862.

turné au profit de la communauté ? M. Troplong qui soutient cette opinion cite plusieurs exemples, consacrés d'ailleurs par la jurisprudence, desquels il résulte bien en effet que c'est la communauté qui a tiré avantage de l'obligation de la femme. Mais ce ne sont là que des espèces, et eût-on prouvé que dans cent, dans mille cas, l'opération s'est passée de la sorte, qu'il pourra encore s'en trouver un où la vérité soit exprimée par la lettre du contrat, et ce seul cas suffit à faire naître un doute exclusif de toute présomption. Ajoutons que la bienfaisance ne se présume pas, et quant à affirmer *a priori* que si le mari a autorisé, c'est qu'il y trouvait un profit (1), c'est au moins téméraire. Cette opinion, vraie quelquefois, ainsi généralisée ne va pas sans un certain pessimisme qui pourrait bien se trouver en défaut. Pourquoi supposer gratuitement le mari incapable, non pas même de dévouement, pas même de désintéressement, mais simplement d'honnêteté (car un mari qui aide sa femme de son pouvoir lorsqu'elle en a un besoin sérieux est un mari honnête et bon, mais pas du tout exemplaire !) pourquoi supposer qu'il refusera d'intervenir dans les intérêts de sa femme, s'il ne trouve pas une prime et une rémunération ? La cupidité ne se présume pourtant pas, elle non plus. Puis ces présomptions, où les trouve-t-on ? Est-ce dans l'article 1409 ? Nous avons vu de quelle manière il met la dette à la charge de la communauté, il est fait en vue des créanciers, et non des époux. Est-ce dans l'article 1419 ? Mais sur la

(1) Guillouard, *loc. cit.*

question de récompense ce texte renvoie au siège de la matière, c'est-à-dire au droit commun. Or le droit commun, c'est que le demandeur doit faire sa preuve (1).

DEUXIÈME HYPOTHÈSE. — Il existe, avons-nous dit, un autre moyen d'élargir les garanties qui pourront décider les créanciers à contracter avec le mari, c'est le concours à l'acte de la femme. La femme peut en effet s'obliger solidairement avec son mari. Par l'effet de cette solidarité elle s'expose aux coups des créanciers, qui, suivant la pittoresque expression de M. Troplong, pourront « se venger sur ses biens » (2), sans que cependant, vis-à-vis de son mari, elle cesse d'être autre chose qu'une aide bienfaisante, une caution, pouvant par suite se faire décharger du fardeau de la dette par la voie d'un recours. L'article 1431 ne dit pas autre chose : « La femme qui s'oblige solidairement avec son mari pour les affaires de la communauté ou du mari n'est réputée, à l'égard de celui-ci, s'être obligée que comme caution; elle doit être indemnisée de l'obligation qu'elle a contractée. »

Ainsi, vis-à-vis des créanciers, la femme sera obligée principalement et pour le tout, mais, la dette acquittée, dans ses rapports avec son mari elle ne sera plus qu'une caution, pouvant recourir contre celui dont elle a payé la dette.

A quelles conditions pourra-t-elle exercer ce

(1) Laurent, XXII, n° 95.

(2) II, art. 1431, n° 1034.

recours? Faudra-t-il ici encore qu'elle ait effectué le paiement? Oui en principe, car c'est ce paiement qui ouvre son droit de créance. Néanmoins si la communauté venait à se dissoudre par la séparation des biens, nous pensons que l'article 2032 lui donnerait le droit de faire comprendre dans ses reprises l'indemnité à laquelle elle aurait eu droit après avoir payé (1), sauf à consigner ensuite la somme.

Il faudra en outre que la dette ait été contractée dans l'intérêt de la communauté ou du mari, et cela par les mêmes motifs que ceux déjà indiqués.

Nous retrouvons la question de la preuve. A qui incombera-t-elle? Nous croyons encore que c'est à la femme.

Cependant l'opinion contraire est soutenue par d'éminents auteurs, et paraît consacrée en jurisprudence (2). Quelques-uns ont voulu voir dans l'article 1431 lui-même une présomption dispensant la femme de toute preuve. La femme qui s'oblige solidairement avec son mari n'est réputée s'obliger que comme caution. C'est bien là, disent-ils, une fiction légale, une véritable présomption. D'autres, moins confiants dans la solidité de ce raisonnement, ou plus perspicaces, cherchent ailleurs un argument plus décisif, dans l'article 1409. Cet article, dit-on, établit la présomption que les dettes contractées par la femme le sont dans l'intérêt du

(1) Guillouard, II, n° 863, p. 333.

(2) Paris, 20 juillet 1833; S., 33, 2, 395; Troplong, II, art. 1431, n° 1042; Aubry et Rau, V., § 510, p. 350; Demante, VI, n° 76, p. 178.

ménage, quand le mari est intervenu à l'acte. Son intérêt explique son autorisation. Puis, on ajoute que cette solution est désirable, la preuve à fournir par la femme devant être dans la plupart des cas fort difficile, tandis qu'elle serait des plus simples pour le mari (1).

Aucun de ces arguments ne nous touche. L'article 1431 ne contient d'abord aucune présomption, ou du moins s'il en contient une, elle n'est pas ce qu'on veut prétendre. Que dit ce texte ? Que la femme qui s'oblige solidairement, pour *les affaires de la communauté*, est réputée ne s'être obligée que comme caution. La présomption ne pourra donc naître à son profit qu'après qu'elle aura démontré que c'est dans l'intérêt de la communauté qu'elle a agi. Il y a le mot *réputée* ! s'écrie-t-on — oui, mais limité par un complément déterminatif. Nous ne nions pas la fiction, seulement cette fiction suppose la preuve déjà faite ; or qui doit faire la preuve ? le texte ne le dit plus, il faut donc appliquer le droit commun, *actori incumbit probatio*. Le premier argument n'est en réalité qu'une pétition de principe. Voyons le second : En fait, ce sera toujours dans l'intérêt de la communauté que la femme sera intervenue. — Rien n'est moins certain, c'est encore une présomption qu'il est défendu de supposer sans texte. En matière de solidarité, quand plusieurs débiteurs s'obligent, la loi les suppose tous intéressés à la dette, s'il en est autrement, la faculté de le prouver leur est réservée, et alors, alors seulement, celui qui n'a tiré aucun profit de l'opération,

(1) Guillonard, *loc. cit.*

ayant fait cette démonstration, pourra exercer son recours contre son codébiteur. C'est l'article 1216, dont l'article 1431 n'est après tout qu'une application spéciale à la femme.

On objecte encore l'esprit de la loi tiré de l'article 1409; nous espérons avoir plus haut fait justice de cet argument (1). L'article 1409, nous l'avons dit, laisse en dehors de ses prévisions la question de la preuve, et se borne à réserver le droit de récompense, *s'il y a lieu*, sans distinguer à qui elle sera due. Il n'y aura en vérité qu'une question de fait dont les juges seront appréciateurs souverains.

Enfin le système que nous combattons se réclame d'une considération pratique. Il y aurait trop de difficultés pour la femme à faire la preuve, il n'y en aura aucune pour le mari. C'est bientôt dit, et pas du tout démontré, mais nous ferons crédit à cette opinion; en admettant même la justesse de son observation, qu'est-ce qu'elle prouverait? Que le législateur a été imprudent. Ce ne serait pas une raison pour que l'interprète se permette de réformer la loi. Un pareil système conduirait, d'ailleurs, à ne jamais imposer de preuves à la femme dans ses revendications, protection excessive. Qu'on se rassure, les tribunaux, juges souverains du fait, se sont souvent montrés faciles sur la preuve, avec raison pensons-nous, toutes les fois que les présomptions de fait pouvaient s'induire des circonstances. C'était affaire à leur conscience, et nous ne le chicanerons

(1) *Supra*, p. 166 et suiv.

pas, mais à une condition, c'est que la présomption de fait, induite de circonstances particulières, variables avec chaque espèce, ne soit pas érigée en une présomption de la loi, immuable et indépendante des circonstances comme le prétend l'opinion adverse (1).

TROISIÈME HYPOTHÈSE. — Il peut encore arriver que le créancier trouve insuffisante la simple association de la femme au mari, et qu'il désire y joindre un tiers, dans lequel il aura plus confiance que dans les époux. Ce tiers interviendra : soit comme caution, soit comme codébiteur solidaire.

Dans le premier cas, si le créancier s'adresse d'abord au débiteur principal (comme c'est son droit et même son devoir si la caution l'y contraint) et si la femme ou son mari acquitte la dette, tout est fini pour la caution, elle est libérée. La femme, le mari et la communauté régleront leurs rapports respectifs suivant les règles énoncées. Mais si la caution paie la dette, elle est investie de plein droit (art. 2030) de tous les droits et actions du créancier, la femme peut être obligée de payer toute la dette, et, après avoir payé, si elle parvient à prouver que cette dette a été contractée dans l'intérêt de la communauté ou du mari, elle se fera indemniser. Ce n'est qu'une conséquence de l'article 1431 (2). Si c'est le mari, au contraire, qui a payé, selon le cas la femme devra ou

(1) Colmet de Santerre, VI, n° 76 *bis* ; II et III, p. 279 ; Laurent, XXII, n° 93, p. 107.

(2) Guillouard, II, n° 858.

ne devra pas récompense, question étrangère à notre sujet.

Dans le deuxième cas, lorsque le créancier a exigé l'intervention du tiers non comme caution, mais comme débiteur principal, si ce tiers vient à payer en prouvant qu'il ne s'est obligé que dans une pensée de bienfaisance il pourra se faire décharger de toute contribution à la dette (art. 1216) au moyen d'un recours contre ses codébiteurs. Ici on controverse la question de savoir quelle est l'étendue de ce recours, et dans quelle mesure la femme pourra y être soumise. Sans entrer dans l'examen de cette question, il nous paraît certain que la femme qui, actionnée en remboursement, aurait désintéressé le demandeur, aurait récompense pour tout ce qu'elle aurait payé au-delà de sa part contributive, et même pour le tout, si elle réussissait à démontrer qu'elle n'a été en réalité que la caution de son mari; il suffira pour cela d'établir l'intérêt exclusif de la communauté ou du mari à la dette. C'est l'article 1431 (1).

Ce texte ne vise dans ses termes que les obligations solidaires, et non les obligations conjointes entre époux. Les règles que nous venons de formuler sont-elles applicables à ces deux espèces d'obligation ?

Pour ceux qui voient dans l'article 1431 une dérogation au droit commun, une présomption exceptionnelle et de faveur, il semble que la négative doive s'imposer : *Exceptiones strictissimæ interpretationis*

(1) Guillouard, II, *loc. cit.*

sunt. Néanmoins, on n'hésite pas à proclamer l'identité de situation, il y a, dit-on, même raison de décider. Seulement la raison a été exprimée dans la première espèce par le législateur, il l'a sous-entendue dans la seconde.

Tout à l'heure on torturait l'article 1431 pour en faire sortir une présomption qui n'y est pas, maintenant on étend la présomption ainsi forgée à des espèces dites analogues, c'est le renversement de tous les principes.

Pour nous qui n'avons vu dans l'article 1431 qu'une disposition de droit commun, il n'y a aucun inconvénient à en étendre l'application à un cas analogue. Aussi sommes-nous cette fois d'accord avec nos adversaires, sinon sur les motifs, au moins sur la conclusion; cette réserve étant faite néanmoins que nous ne donnons pas à l'article 1431 d'autre interprétation que celle plus haut exposée (1).

Que décider maintenant si dans leurs calculs les époux ont eu en vue non leur intérêt commun, ou celui d'un seul d'entre-eux, mais l'intérêt d'un tiers?

« Il ne peut d'abord s'agir de récompense, dit M. Laurent, car la communauté est hors de cause, et le mari aussi comme chef de communauté » (2). Ceci est vrai pour partie. Ce n'est pas en effet comme intéressée au contrat que la communauté sera obligée à la dette, mais elle le sera par le fait du mari. On est

(1) Laurent, XXII, n° 97, p. 110.

(2) *Ibid.*, n° 98; Guillouard, II, *loc. cit.*

d'accord, et M. Laurent lui-même, pour admettre que les dettes du mari contractées dans l'intérêt d'un tiers tombent en communauté (1). Pourquoi en serait-il autrement? La femme était tenue conjointement ou solidairement avec son mari; dans leurs rapports entre-eux la contribution sera de moitié pour chaque époux. S'il arrive que la femme paie plus que cette moitié, le mari devient débiteur de l'excédent (2). Cette dette tombera en communauté comme toutes les dettes du mari, car il n'y a pas à distinguer la personne du créancier. Qu'on n'objecte pas que c'est là une récompense entre époux, à laquelle la communauté doit rester étrangère, car il faudrait que la dette fût personnelle au mari, et tel n'est pas le cas d'une dette contractée dans l'intérêt d'un tiers.

Il y a une éventualité qui gêne et inquiète les commentateurs. La mesure de faveur accordée à la femme ne va-t-elle pas se retourner contre elle? Ainsi la femme qui viendra réclamer à la communauté ce qu'elle a payé au-delà de sa part contributoire, ne se verra-t-elle pas opposer, pour la moitié de sa réclamation, une réduction provenant de sa qualité d'acceptante? La prévision est juste, mais elle nous

(1) Laurent, *loc. cit.*, et Guillouard, II, n° 746, p. 239.

(2) Nous disons que la femme a récompense pour l'excédent et non pour le tout comme on serait tenté de le croire. En effet la femme qui a payé la moitié a payé sa dette, et ne saurait réclamer aucune indemnité. Il faudrait pour cela qu'elle puisse prouver l'intérêt de la communauté, intérêt qui, par hypothèse, n'existe pas. Elle n'a donc d'action contre la communauté, qu'à raison de la qualité du mari son débiteur, elle ne peut par suite lui réclamer que ce qu'elle pourrait réclamer à son mari lui-même, ce qu'elle a payé au-delà de sa part.

touche peu; c'est l'effet ordinaire de l'acceptation de communauté, et l'effet plus général de la réunion sur la même tête des qualités de débiteur et de créancier.

On fait encore observer combien rigoureuse peut se trouver la situation de la femme qui, ayant payé sa part dans la dette, par exemple la moitié comme débitrice conjointe, sera, après la dissolution de la communauté, soumise pour la moitié du reste aux coups des créanciers, en supposant bien entendu qu'elle a accepté la communauté; de sorte qu'en réalité elle en paiera les trois quarts. Il n'y a rien là que de très normal et de prévu. C'est encore un effet de l'acceptation.

Nous concluons donc que la femme aura récompense contre la communauté pour ce qu'elle a payé au-delà de sa part. Hâtons-nous de dire que cette solution est généralement admise. Mais il est curieux d'en analyser les motifs. En effet, d'après le système des auteurs que nous avons combattus, on se souvient que l'article 1431 renferme une présomption légale: Toute dette contractée par le mari et la femme, ou le mari seul, est censée être contractée dans l'intérêt de la communauté. Maintenant cette présomption devient gênante puisque, par hypothèse, c'est dans l'intérêt d'un tiers que se sont obligés les époux; de sorte que ces auteurs sont forcés pour se tirer d'affaire de lutter contre la présomption qu'ils ont inventée, en disant qu'elle n'est pas *juris et de jure*, mais *juris tantum*, et peut tomber devant la preuve contraire (1). C'est ce que décide la

(1) Sans ce tempérament la femme pourrait réclamer tout ce qu'elle a déboursé.

Cour de Lyon (1). — Pas plus ici qu'ailleurs il n'y a de présomption. La vérité, c'est que l'article 1431 ne statue qu'en prévision d'une dette intéressant la communauté, qu'il n'a même pas prévu notre hypothèse, et que c'est ailleurs qu'il faut chercher la solution. Or, nous l'avons dit, la situation des époux se règle par leur obligation, ils ont signé tous deux le contrat, et comme débiteurs principaux ; leurs situations sont donc égales, à moins qu'il ne soit établi, et c'est à la femme à le faire, que ce n'est là qu'une fausse apparence, et qu'en réalité elle n'a été qu'une caution.

Telles sont les conditions auxquelles sont soumises ces récompenses. Ne faut-il pas y ajouter une dernière, à savoir que la femme doit avoir renoncé à la communauté ? Non car le parti qu'elle prendra à cet égard en lui donnant en charge la moitié du passif, pourra bien réduire le montant de sa récompense, mais sans en entamer le principe (2).

A ces questions, il nous paraît convenir de rattacher, avant d'en finir avec la seconde catégorie des récompenses, certaines dettes payées par la femme, bien qu'elle ne les ait pas personnellement souscrites, nous voulons parler des dettes grevant les successions échues aux époux, et payées au moyen du patrimoine de l'un d'eux.

(1) 11 juin 1833, Dalloz, Rép. : V° *Cont. de mariage*, n° 1053.

(2) Nous laissons de côté le commentaire de l'article 1432 qui règle l'hypothèse inverse. Nous ne nous occupons en effet que des reprises actives de la femme et non des récompenses passives.

Ainsi une succession mobilière est échue à une femme qui, avec l'assentiment de son mari, accepte purement et simplement. Le créancier héréditaire peut poursuivre à son gré : le mari, la femme ou la communauté ; si c'est la femme qui est poursuivie, elle aura droit de se faire indemniser, car c'est la dette de la communauté qu'elle a payée (1).

Si l'acceptation avait été autorisée par justice, et que le mari ait eu soin de faire inventaire, la communauté ne peut être poursuivie que sur la nue-propriété ; la femme qui aurait acquitté les dettes aurait récompense jusqu'à concurrence de ce dont la communauté aurait tiré profit.

A défaut d'un inventaire, les droits des créanciers sont les mêmes que dans le cas d'autorisation maritale, nous avons énoncé la règle.

En serait-il de même au cas de succession immobilière ? Qu'on remarque que les dettes d'une pareille succession restent personnelles à l'héritier ; la femme qui les aurait payées n'aurait donc droit à aucune indemnité, et quand la communauté peut exceptionnellement être poursuivie à raison de ces dettes, c'est elle qui a droit à une récompense. Nous ne nous en occuperons pas.

Enfin la succession peut être mixte. Les dettes à la charge de la communauté sont alors corrélatives au montant du mobilier de la succession. Pour tout ce que la femme aurait payé au-delà de la part contributive,

(1) Menesson, *Essai sur les récompenses*, p. 68.

proportionnelle à l'actif immobilier, il y aurait récompense.

Il peut arriver, au cas d'une succession immobilière, que la femme ait conservé par contrat de mariage une créance *propre*, contre le défunt, en ce cas on s'est demandé si elle pourrait agir contre la communauté pour se la faire rembourser. Ce n'est pas à notre avis une action de récompense, mais une action ordinaire de créance. La succession étant immobilière, la communauté n'avait droit à rien, et n'était par suite tenue à rien, la femme ne saurait que s'adresser à elle-même, et comme la confusion s'est opérée en sa personne, la dette est éteinte. Avouons que nous ne comprenons guère que la question ait même pu faire doute.

Plus délicate est la même question lorsque la succession est mobilière. La communauté se trouve en quelque sorte « cessionnaire des droits successifs de « l'époux, » (1) et devra subir le sort d'un cessionnaire, elle ne saurait invoquer la qualité d'époux de son créancier, car cette qualité est indifférente, et se réclamer, pour ne pas payer, d'une prétendue confusion qui n'a pas pu s'opérer ; car le débiteur et le créancier ont gardé des personnalités distinctes. La communauté est devenue débitrice tandis que l'époux est resté créancier. Le seul effet du mariage sera de suspendre

(1) Pothier, *Traité de la Communauté*, n° 262 ; Rodière et Pont, n° 561 ; Menesson, *op. cit.*, p. 70.

les poursuites de l'époux jusqu'au jour de sa dissolution.

Dans l'hypothèse d'une succession mixte on appliquerait distributivement les deux règles précédentes. La confusion s'opérerait pour toute la part de dette restée activement et passivement personnelle à l'époux.

Au lieu d'être créancière la femme pourrait être légataire, ou même donataire d'une valeur mobilière. Si pour conserver à la communauté l'objet du legs ou de la donation, cet époux renonce à la succession, que nous supposons purement immobilière pour simplifier la question, aura-t-il récompense à raison de l'avantage qu'il aura ainsi procuré à la communauté ?

Lebrun l'accordait. « Il est dû récompense au conjoint
« s'il se tient à un legs de meubles et renonce à la
« succession immobilière.... la raison est que se
« pouvant faire qu'il y ait de la fraude, et étant cons-
« tant que le conjoint y perd quelque chose, l'équité et
« l'égalité demandent qu'il soit dû récompense » (1).

Cette solution doit être repoussée croyons-nous. L'époux était en réalité créancier sous une alternative de deux objets : un legs ou don mobilier, ou une part immobilière ; certes selon qu'il fera choix de l'un ou de l'autre, l'objet choisi lui sera propre ou commun ; mais il est maître de le faire, et la communauté n'a rien à voir dans les raisons qui déterminent sa volonté,

(1) *De la Communauté*, liv. III, ch. II, sect. I, distinct. X, nos 2 et 3, p. 437.

elle ne peut rien devoir parce qu'il lui a plu de prendre tel ou tel parti. Qu'on remarque à quelles complications donnerait lieu dans la pratique une solution différente, puisqu'il faudrait toujours rechercher les motifs de l'acceptation ou de la renonciation, recherche forcément difficile et incertaine.

Troisième catégorie. — Le mari est seigneur et maître de la communauté, il doit être aussi l'administrateur soucieux et vigilant des biens de sa femme. Placé près d'elle, comme un tuteur près de son pupille, il est naturel qu'il réponde, au même titre, et dans la même mesure, de ses fautes et de ses négligences. C'est ce que décide l'article 1428, et comme sa qualité de mandataire légal est intimement liée à sa qualité de chef de la communauté, comme elle en est même la conséquence, la communauté se trouvera par suite obligée envers la femme à l'occasion de la gestion maladroite du mari.

Il serait puéril et fort difficile de prétendre régler à l'avance tous les cas de responsabilité maritale. Ce seront presque toujours des questions de fait, qui sont bien plus du domaine du juge que de celui du jurisconsulte. Envisagée à un point de vue général, la responsabilité du mari nous paraît devoir être la même que celle du tuteur, il est donc tenu de la *culpa levis in concreto*.

Toutefois nous dirons, conformément à une doctrine à peu près universelle et à une jurisprudence certaine, que l'article 1428 n'est nullement limitatif, et que, pour apprécier s'il y a ou non faute, il ne faut

pas s'attacher strictement aux termes du texte. Le mari est responsable de tout dépérissement des biens de sa femme, survenu par défaut d'actes conservatoires.

Aussi décide-t-on avec raison qu'il doit être responsable des dégradations des immeubles par défaut de les avoir entretenus et réparés (art. 1428).

Il répondra des amendes encourues pour défaut de déclaration des successions échues à la femme.

De même il deviendra débiteur de la dot qu'il aurait dû se faire payer, et qu'il rend irrécouvrable par suite du retard qui a laissé le débiteur devenir insolvable.

Il doit répondre encore des mauvais placements des capitaux de la femme.

S'il laissait s'achever une prescription, il devrait indemniser sa femme, car c'est un défaut d'actes conservatoires.

Nous croyons aussi que, s'il se rendait coupable de recel d'effets communs, et qu'il soit de ce chef condamné à payer une indemnité, elle appartiendrait à notre catégorie (1).

Nous ne présentons bien entendu ces hypothèses que comme des exemples.

Le principe des dommages-intérêts étant reconnu, qui les devra, sera-ce le mari ou la communauté ?

Trois circonstances peuvent se présenter :

PREMIER CAS. — *La communauté n'a tiré aucun*

(1) Sur tous ces exemples, voir : Laurent, XXII, nos 126, 168, 169 et 170; Guillouard, II, nos 777 à 780; Cass., 6 nov. 1861; S., 62, 1, 174.

profit de la faute du mari, et cette faute est exempte de tout délit.

La communauté n'est dès lors tenue qu'à l'occasion du pouvoir du mari.

Première conséquence : la femme aura deux débiteurs, le mari obligé par son fait personnel, la communauté par celui du mari.

Deuxième conséquence : C'est que, si la femme accepte la communauté, elle ne pourra recouvrer contre elle que la moitié de sa récompense, car par son acceptation elle a pris en charge la moitié des dettes communes, aussi bien pour celles dont elle est créancière que pour les autres, il s'opérera donc en sa personne une confusion pour moitié. Mais elle pourrait pour ce dont elle n'est pas payée recourir contre son mari resté son débiteur. La femme a intérêt, on le voit, à s'adresser à son mari plutôt qu'à la communauté, puisqu'en s'adressant à cette dernière elle amoindrit la masse de la moitié de sa créance, pour laquelle la communauté n'a pas récompense contre le mari (1), à moins que le mari n'ait tiré un profit personnel de sa faute (art. 1437).

Si la femme renonçait au contraire à la communauté, il n'y aurait jamais eu de communauté, et c'est son mari qui se trouverait seul tenu envers elle de la totalité de sa créance.

(1) Troplong, II, n° 1021, p. 287; Rodière et Pont, n° 690; Guillouard, II, n° 781, p. 265 et 747, p. 339; Colmet de Santerre, n° 71 bis, XXIII; Laurent, XXII, n° 126.

DEUXIÈME CAS. — La communauté n'a encore tiré aucun profit personnel de la faute du mari, *mais cette faute constitue un délit.*

On pourrait douter que la femme ait récompense contre la communauté, le mari n'ayant pu agir que personnellement, et non comme chef; en outre, c'est peut-être lui seul qui retirera le bénéfice de l'opération délictueuse. Néanmoins nous donnerons la récompense même contre la communauté; le mari oblige en effet la communauté, même par ses délits et ses crimes (1) (art. 1409 et 1424), la règle ne saurait changer parce que c'est la femme qui en aura souffert, seulement il en devra à son tour récompense à la communauté, car ce serait empirer le sort de la femme que de laisser à la seule charge du patrimoine commun une dette que le mari devait personnellement, et pour laquelle il eût certainement dû récompense, si au lieu d'atteindre sa femme, il avait atteint un tiers (2) (art. 1437).

Avant la loi du 31 mai 1854 il fallait faire exception à notre règle quand le crime dont la réparation était poursuivie emportait mort civile (art. 1425), la communauté n'était alors jamais obligée, même provisoirement, la femme ne pouvait avoir de récompense que contre son mari. Cette question est sans intérêt pratique aujourd'hui.

TROISIÈME CAS. — *La Communauté a tiré un profit personnel de la faute du mari.*

(1) Guillouard, II, n° 661, p. 165.

(2) *Ibid.*, II, n° 745, p. 238.

Nous rentrons dans le droit commun des récompenses, la communauté se trouve obligée à raison de son bénéfice, et jusqu'à concurrence de ce bénéfice. Qu'importe alors que la femme accepte ou renonce, la communauté doit tout ce dont elle s'est indûment enrichie.

Mais si le préjudice de la femme était plus considérable que le gain de la communauté, on appliquerait pour le surplus les règles exprimées dans les deux cas précédents.

§ 2. *Calcul des récompenses.*

Les mêmes principes qui nous ont servi à déterminer dans quels cas il y avait lieu à récompenses, vont nous permettre par voie de conséquence d'en calculer le montant. On comprend en effet que l'enrichissement de la communauté, combiné à l'appauvrissement de l'époux, étant l'origine de la récompense, la mesure de la cause entraîne la proportionnalité de l'effet. Il faudra donc rechercher : 1° de combien la communauté s'est enrichie. Conséquence : la mesure de cet enrichissement est la mesure de la récompense et sa limite ; 2° de combien l'époux s'est appauvri, cet appauvrissement règle également le *quantum* de la récompense, et lui sert de limite. Ce sont donc deux *maxima*, qu'on ne devra jamais dépasser dans le calcul.

L'article 1436 confirme les déductions que nous

venons de tirer du principe désormais certain des récompenses. Pour apprécier le montant de l'indemnité, nous dit-il, il n'y aura pas à considérer la valeur du bien vendu « la récompense n'a lieu que sur le pied « de la vente » ce qui veut dire, selon l'article 1433, qu'il est dû récompense du prix versé dans la communauté.

La communauté devant récompense de tout ce dont elle a profité, il faudra faire entrer dans le calcul de l'indemnité, non seulement le principal du prix, mais encore les accessoires : pots de vin, épingles, charges appréciables en argent, etc.... dont la communauté a profité (1).

Sur l'évaluation de la récompense, Pothier prévoit une hypothèse, rare assurément dans la pratique, mais qui met bien en relief l'idée que nous avons exprimée. Supposons trois héritages contigus : l'un est un propre, le second, intermédiaire, appartient à un tiers, le troisième est un bien de communauté. Le propre avait une servitude active sur le fonds intermédiaire, tandis que celui-ci était lui-même fonds dominant par rapport au conquêt. Que l'époux fasse abandon de sa servitude sur le fonds intermédiaire, sous la condition que celui-ci fera à son tour abandon de la sienne sur le conquêt, il sera évidemment dû récompense par la communauté, car libérée d'une servitude au prix d'un abandon par l'époux, elle s'enrichit aux dépens de l'époux. Mais sur quelle

(1) Pothier, *De la Communauté*, n° 587 et 588.

base évaluer l'indemnité? — On devra apprécier quelle était la valeur de la servitude due par la communauté, et lors même que celle abandonnée par l'époux serait de valeur plus considérable, il ne sera dû récompense que de la valeur de la servitude dont la communauté a été rédimée, car elle ne doit que jusqu'à concurrence de son enrichissement (1).

La communauté doit les accessoires du prix de vente des propres, doit elle aussi les intérêts de ce prix? non certainement. Etant usufruitière du patrimoine des époux elle acquerra définitivement les intérêts du prix, conséquence logique des principes généraux confirmés par l'article 1473, qui ne fait courir les intérêts des récompenses qu'à dater de la dissolution de la communauté.

En sens inverse, si le prix avait été stipulé payable à terme et sans intérêts, la communauté aurait-elle le droit de déduire de la récompense les intérêts, dont elle sera ainsi privée jusqu'à l'avènement du terme. Pothier l'a enseigné : « Lorsque, dit-il, l'un
« des conjoints a vendu, durant la communauté, son
« héritage propre, pour un certain prix, que l'acheteur,
« qui entrerait en jouissance du jour du contrat ne
« paierait néanmoins qu'au bout de trois ans sans
« intérêt ; si la communauté a duré jusqu'au delà des
« des trois ans, le conjoint ne peut prétendre la

(1) *De la Communauté*, n° 607.

« reprise de ce prix que sous la déduction de celui
« des trois années de jouissance qui auraient appartenu
« à la communauté, et qui est entrée dans ce prix » (1).
Nous croyons cette théorie inadmissible. Les époux ne
doivent aucune garantie d'intérêt à la communauté,
qui jouit des biens, comme ils sont, et comme il plaît
aux époux de les transformer. On objectera peut-être
l'opinion que nous avons admise relativement à
l'échange d'un droit viager contre un droit perpétuel,
mais là ce n'était pas une simple modification dans
la forme de leurs droits, que les époux faisaient
subir à leurs immeubles, c'était un changement
dans leur nature. Il n'y avait pas simple adjonc-
tion de modalité, mais dénaturation du bien, inop-
posable à la communauté.

Une autre question, qui paraît délicate à première
vue, est celle de savoir si un immeuble étant vendu
avec ses fruits encore pendants, la communauté pourra
exiger qu'on déduise du prix la valeur des fruits.
C'était encore l'opinion de Pothier. « Lorsque, dit-il,
« l'héritage a été vendu pour un seul et même prix
« avec les fruits pendants, si la communauté a duré
« au delà de la récolte de ces fruits, on doit déduire
« sur ce prix celui des fruits pendants, car la com-
« munauté ne profite pas desdits fruits, lesquels lui
« auraient appartenu s'ils n'avaient pas été vendus ;

(1) *Ibid.*, n^{os} 590 et 591 : Voir aussi : *Introd. à la coutume d'Orléans*, ch. iv, n^o 103.

« elle ne profite que du surplus, elle ne doit donc la reprise que du surplus » (1).

M. Duranton donne son adhésion à cette solution, ce qui est logique puisque dans la question précédente il suivait aussi l'avis de Pothier. Nous ne pouvons nous y rallier ; en effet, dit M. Bugnet, « il n'y a pas eu deux ventes, une du fonds et une des fruits ; ce n'est qu'une seule vente de l'immeuble tel qu'il est. *Fructus pendentes pars fundi sunt* » (2). La communauté n'a pas été dépouillée, car usufruitière elle n'acquiert les fruits que par la perception, on n'a pas vendu sa chose, mais bien celle de l'époux. En fait ce résultat ne blessa aucunement l'équité, le prix du bien sera plus élevé s'il est vendu avec les fruits, et les intérêts suivront une élévation proportionnelle.

Quel sera le montant de la récompense au cas où la communauté a donné en paiement de sa dette un bien propre ? Il ne sera évidemment que du montant de la dette, car elle ne s'est enrichie que de la dette dont elle s'est libérée. C'est absolument comme si le propre avait été vendu et qu'avec le prix on eût payé la dette. Si l'immeuble valait davantage, tant pis pour l'époux, car la communauté ne lui doit compte que de ce dont elle s'est enrichie.

(1) *Loc. et op. cit.*

(2) Sur n° 590 de Pothier ; Rodière et Pont, I, n° 715 ; Marcadé, art. 1436, § 2.

En sens inverse, si l'époux donnait en paiement d'une dette de communauté un propre de valeur inférieure à cette dette, il ne serait tenu compte que de cette valeur, car on ne lui doit rien au-delà de son appauvrissement. C'est ainsi par exemple, dit M. Guillaud, que si, par suite d'arrangement avec le créancier, il amortissait au denier vingt une rente stipulée remboursable au denier vingt-deux, il ne lui serait dû que ce qu'il a effectivement payé. Cela est vrai, mais il y a encore ici une autre raison, c'est que la communauté ne s'est enrichie que des déboursés de l'époux, car elle aurait sans doute obtenu les mêmes avantages de remboursement (1).

Quelle évaluation donner à la récompense au cas où une mine ou une carrière a été ouverte pendant le mariage sur le fonds de la femme?

On comprend que cette exploitation a pu être plus ou moins lucrative, les profits ont pu dépasser le préjudice causé à la femme, ou réciproquement lui être inférieurs.

PREMIÈRE HYPOTHÈSE. — Le préjudice subi par la femme est plus considérable que les profits réalisés par la communauté.

En ce cas, dit-on, la communauté devra réparation du préjudice tout entier, car bien qu'elle n'ait pas profité de tout ce dont la femme s'est appauvrie, elle est néanmoins engagée par les actes du mari, qui s'est conduit en administrateur imprudent, en ouvrant

(1) II, p. 362, n° 906.

la mine dans de pareilles conditions (1). Nous sommes bien de cet avis, en principe, mais une distinction est nécessaire. Certes le mari engage la communauté par sa mauvaise gestion des biens de la femme, mais alors la récompense aura une double cause. D'une part la communauté sera engagée à raison du profit qu'elle a fait, d'autre part elle le sera à raison des faits du mari. Il y aura donc une récompense due personnellement et contributoirement par la communauté jusqu'à concurrence de son profit, mais au delà elle ne devra qu'à titre de dommages-intérêts, qu'elle paiera obligatoirement. Nous aurons des récompenses de deux catégories, dont nous avons plus haut exposé les différences.

DEUXIÈME HYPOTHÈSE. — Le préjudice de la femme est inférieur aux profits de la communauté.

M. Duranton (2) supposant un profit de 30,000 francs tous frais d'ouverture et d'exploitation déduits) réalisé par la communauté, et une diminution de valeur de 20,000 francs subie par le fonds de l'époux, ne donne récompense que jusqu'à concurrence de 20,000.

Pour nous la récompense doit s'élever à 30,000. Le dissentiment porte bien plus sur le sens du mot préjudice, et sur son étendue que sur le principe même. Or quel est en réalité le préjudice subi ? c'est la valeur de tous les produits extraits de la mine et dont

(1) Guillouard, II, n° 907, p. 363; Menesson, *Essai sur les récompenses*, p. 136.

(2) XIV, n° 335.

profite la communauté, produits que l'époux aurait pu faire extraire lui-même à la dissolution de la communauté, si la mine n'avait pas été ouverte; or, les matériaux extraits ont donné 30,000, c'est donc 30,000 qui seraient revenus à l'époux et que la communauté a encaissés, elle en doit compte (1).

Pour les bois de haute futaie, ou même pour les taillis non mis en coupe réglée, qui auraient été abattus ou coupés durant la communauté, elle devrait l'intégralité de ses profits, car ils représentent la totalité du préjudice subi par l'époux.

Mais si la communauté s'était bornée à avancer les coupes de bois déjà aménagés, elle ne devrait que la différence entre la valeur qu'aurait eu le bois à la dissolution de la communauté, si les coupes avaient été régulièrement faites, et sa valeur à la même époque par suite de la coupe ou des coupes anticipées (2).

Nous avons vu qu'au cas de vente d'un immeuble propre la récompense est du prix de l'immeuble. Mais quel prix? Il se peut que les époux, dans un but intéressé et plus ou moins avouable, le plus souvent pour faire fraude à l'enregistrement, aient dissimulé dans l'acte le véritable prix. Quand la femme réclamera sa récompense, sera-ce le prix réel ou le prix apparent indiqué dans l'acte qui servira à l'évaluation?

(1) Guillouard, II, *loc. cit.*; Menesson, *loc. et op. cit.*; Laurent, XXII, n° 463.

(2) Guillouard, II, p. 364, n° 208; Laurent, *loc. et op. cit.*

Il semble qu'il n'y ait qu'une réponse possible ; la communauté devant rendre ce qui lui a été versé, c'est le prix réel qu'elle doit rendre. On a cependant discuté la question, mais à vrai dire la contestation porte bien plus sur les moyens de preuve que sur le principe. On s'est demandé par quels moyens la femme pourra rétablir la vérité, le pourra-t-elle au moyen d'une preuve écrite ou même par témoins et présomptions, et si l'on prend ce parti, n'y a-t-il pas à distinguer suivant que la femme se trouvera en face de son mari ou des créanciers du mari ou de la communauté? Nous croyons cette distinction nécessaire.

Contre son mari. — Une première question qui se résout facilement est celle où la femme peut opposer à son mari une contre-lettre, les contre-lettres font foi entre les parties, il est donc bien certain qu'elle pourra l'invoquer.

A défaut d'une contre-lettre ou d'un commencement de preuve par écrit, la femme pourra-t-elle recourir à la preuve testimoniale? La question est plus délicate. L'article 1431 en effet défend toute allégation outre et contre le contenu aux actes.

Pour y répondre nous invoquerons l'article 1353 aux termes duquel la fraude fait exception aux dispositions rigoureuses du texte, et l'article 1348 1°, qui n'exige pas d'écrit pour la preuve des quasi-délits. Or, le mari a fait évidemment fraude aux droits de la femme car, en dissimulant le prix dans l'acte, il l'a privée de tous moyens d'établir la vérité en dehors de la preuve testimoniale. Qu'importe qu'il ait en vue en même temps la

fraude à l'enregistrement, l'une n'exclut pas l'autre et ne l'excuse pas ! Il a d'autant plus facilement pu persuader la femme, qu'elle n'a pas été libre dans sa détermination, dominée qu'elle était par la volonté de son mari. L'équité et le droit commandent cette solution.

Contre les créanciers. — Que décider quand la femme se trouve en face des créanciers ? Peut-elle leur opposer une contre-lettre du mari, ou à défaut d'une contre-lettre faire la preuve par témoins ?

A. — Le mari a par une contre-lettre rétabli la vérité des faits simulés dans l'acte.

Nous croyons que la femme sera irrecevable à opposer aux créanciers sa contre-lettre.

Cette doctrine que la Cour de Cassation a rejetée a été fortement soutenue dans une note sous l'arrêt de cette Cour (1).

Pour nous, le droit commun (art. 1321) c'est que les contre-lettres sont inopposables aux tiers, or les créanciers sont évidemment des tiers agissant en vertu d'un droit propre. — On objecte à cette théorie deux arguments : 1° si l'article 1321 restreint aux parties qui ont concouru à l'acte la force probante d'une contre-lettre, cela n'est plus vrai au cas de fraude, car la fraude fait exception à toutes les règles, et le mari a fait évidemment fraude aux droits de sa femme. — Cette

(1) Cass., 18 janvier 1875 ; S., 76, 1, 3 et la note ; Guillouard, II, n° 911, p. 367.

argumentation nous paraît procéder d'une fausse interprétation des faits. Dans l'hypothèse précédente, nous avons volontiers reconnu la fraude du mari, car cette fraude était manifestée par un fait certain, le défaut de contre-lettre. Ici, au contraire, pour assurer à la femme le recouvrement intégral de sa reprise le mari l'a munie d'une contre-lettre, n'est-ce pas sa justification morale, exclusive de toute intention frauduleuse ? — Mais, dit-on, puisque cette contre-lettre est impuissante à assurer l'effet qu'on en attendait ! — Très bien, mais en donnant une preuve contre lui, le mari a manifesté suffisamment de l'honnêteté de ses intentions. Survient un concours de circonstances qui rend inefficace la précaution, il s'est montré peu prévoyant mais non malhonnête. Or la faute ne suffit pas, il faut la fraude, le dol, une manœuvre déloyale.

2° Le second argument à l'appui de ce système est puisé dans une prétendue protection donnée par la loi à la femme contre elle-même, elle n'a pas été libre d'agir, elle a été passive au contrat.

On abuse je crois de la protection envers la femme. Cependant qui a joué le principal rôle au contrat, n'est-ce pas la femme, propriétaire, qui vendait son bien ? L'ascendant marital dont nous admettons bien l'influence dans une certaine mesure est-il si invincible que la femme en perde la notion du bien et du mal ? Elle s'est associée à la fraude de son mari, elle s'est fait donner une contre-lettre, c'est assurément qu'elle jugeait cette preuve suffisante pour sa garantie. Tant pis pour elle, l'erreur de droit n'est pas une cause de

restitutio in integrum. Sa prudence n'est-elle pas à elle seule la preuve de la liberté de son esprit; il se trouve que les faits démentent ses prévisions, elle n'avait qu'à plus y réfléchir. Prétendre qu'elle soit restituable contre ses imprudences, c'est invoquer une présomption que la loi ignore. Comme le dit justement M. Labbé : « La femme mariée est incapable de com-
« promettre sa fortune, sans l'autorisation de son
« mari : mais avec l'autorisation du mari, qui sauve-
« garde les intérêts de la famille et qui maintient
« l'unité de la société conjugale, la femme est pleine-
« ment capable. Elle n'est, en ce cas, protégée ni
« contre son mari à qui elle peut tout sacrifier, ni
« contre elle-même, elle s'oblige valablement. Sous
« un seul régime elle est atteinte d'une incapacité
« proprement dite, dont elle n'est pas relevée par
« l'autorisation de son mari, c'est le régime dotal... » (1).

On invoque en dernier lieu l'équité. Mais lequel est le plus intéressant : du créancier étranger à tous les agissements des époux, ou de la femme qui a prêté sciemment son concours à une entreprise malhonnête, et qui a bien su prendre ses précautions pour n'être pas victime de sa propre fraude ?

On comprend que le motif qui nous fait refuser à la femme le droit d'opposer une contre-lettre nous fait aussi refuser dans ce cas la preuve testimoniale. L'ar-

(1) V. note sous Cassation, 18 janvier 1873, précité p. 194.

ticle 1341 s'oppose à l'emploi de cette preuve et l'article 1348 est inapplicable.

B. — Le mari n'a pas dressé de contre-lettre.

La femme ne pouvant établir la vérité que par la preuve testimoniale ou les présomptions de fait de l'article 1353, devra-t-on l'y admettre ? Oui.

Le mari a omis en effet de donner à sa femme le moyen de recouvrer ses droits contre lui, la plus stricte probité lui faisait un devoir de dresser une contre-lettre, il ne l'a pas fait, il a commis un véritable quasi-délit. La femme victime d'un quasi-délit sera admise à bénéficier de l'article 1348.

Cette conclusion peut paraître singulière au premier abord, surtout par comparaison à la doctrine que nous avons adoptée dans l'espèce précédente. Quoi, pourrait-on dire, quand la femme aura une contre-lettre, elle sera déchue de tous droits, et quand elle n'a rien dans les mains, vous lui ouvrez la porte si périlleuse de la preuve testimoniale ! N'y a-t-il pas là au moins une inconséquence ? Car enfin la femme n'aura qu'à garder secrète sa contre-lettre pour conserver ses droits contre les tiers. — Pourquoi en serait-il autrement ? La contre-lettre établit la bonne foi de celui qui l'a fournie. Il n'est guère à craindre que la femme garde secrète sa contre-lettre, car devant agir d'abord contre le mari, avant de recourir contre les tiers, elle aura été obligée de la produire. D'ailleurs les créanciers seraient recevables à prouver par tous moyens la bonne foi du mari, c'est-à-dire l'existence de la contre-lettre.

Une autre opinion (1) permet la preuve testimoniale dans tous les cas, en se fondant sur ce que la preuve de la sincérité ou simulation du prix n'est pas celle d'un fait juridique, mais bien d'un fait matériel, le versement des espèces. C'est le résultat d'une analyse trop rapide. Que s'agit-il de prouver ? — Le véritable prix de la vente ; or quel est ce prix ? — C'est évidemment celui dû par l'acheteur, qui a été versé, ou sera versé. Le montant de ce versement, passé ou futur, a été simulé au contrat, c'est donc le prix de vente lui-même qui a été simulé, et ce prix est une des énonciations du contrat, or, sauf les exceptions spécialement prévues, le texte du contrat ne saurait être attaqué. On ne peut admettre en effet qu'il y ait un prix énoncé, fait juridique ; un prix versé, fait matériel, différents l'un de l'autre, il n'y en a qu'un seul, qui est la cause de la vente.

Examinons maintenant quel sera le montant de la récompense quand la femme aura vendu son propre moyennant une rente viagère.

Nous avons rejeté l'opinion qui refusait toute récompense, mais sur l'application du principe admis par nous il y a encore discussion.

D'après un premier système, la communauté serait obligée à rendre tous les arrérages touchés par elle, sauf à conserver les intérêts de ces arrérages. Ce système prétend prendre sa base dans l'idée suivante : la communauté n'étant qu'usufruitière des biens des

(1) Laurent, XXII, n° 311, p. 531.

époux, doit jouir de leurs biens dans l'état où ils sont, et en subissant les conséquences de la transformation qu'il leur plaît d'y donner. Les arrérages de la rente viagère sont la représentation du capital aliéné, les intérêts de ces arrérages seraient la jouissance.

Ce système est aujourd'hui abandonné. Il ne peut invoquer qu'un argument que nous connaissons bien pour en avoir plusieurs fois déjà démontré la fausseté.

Le deuxième système que nous adoptons, donne récompense à l'époux à concurrence de la différence entre les arrérages touchés par la communauté et les revenus que produisait le propre aliéné, et cela pendant toute la durée de la communauté.

Qu'est-ce que gagne en effet la communauté? — L'excédant des arrérages sur les revenus qu'elle percevait antérieurement, et c'est la même valeur que perd l'époux. La rente viagère, valeur temporaire, substituée à une valeur perpétuelle représente tous les éléments qui composaient cette dernière, capital et revenus, la communauté ne doit compte que du premier, les seconds lui appartiennent de droit.

Il va sans dire que si la communauté venait à se dissoudre par la mort de l'époux sur la tête duquel est constituée la rente, tout serait fini, la rente périssant pour les héritiers de celui-ci par suite de son décès.

De même si elle avait été constituée sur la tête d'un tiers et que ce tiers vienne à décéder avant la dissolution de la communauté.

Mais, si au contraire l'époux crédi-rentier, ou le tiers sur la tête duquel est constitué la rente survivaient à la communauté, l'époux ou ses héritiers la reprendraient en nature comme ils feraient de tous les propres (1).

Un troisième système très ingénieux a été proposé par M. Colmet de Santerre. L'éminent doyen de la Faculté de Paris est d'accord avec les partisans du second système sur le principe de la récompense, il admet même que la fixation s'en fera sur la base que nous avons indiquée, mais, si c'est la différence entre les revenus de l'immeuble et le montant des arrérages de la rente qui établit le *quantum* de la récompense, cette différence est un *maximum* qui ne saurait être dépassé, et qui pourra ne pas être atteint. Précisons par un exemple.

La femme vend un immeuble qui vaut 100.000 moyennant une rente viagère annuelle de 9.000. Supposons que la communauté dure *dix* ans, elle aura touché 90.000, tandis que les revenus de l'immeuble, calculés à 5 % auraient donné seulement 50.000. C'est donc un bénéfice de 40.000 (90.000 — 50.000) qu'elle réalise. — Evaluons maintenant au moment de la dissolution de la communauté la valeur de la rente viagère, et cela eu égard à l'âge du crédi-rentier. Soit 50.000 cette valeur, l'époux ne prend donc que 50.000 au lieu de 100.000, c'est-à-dire qu'il perd 50.000. Or, comme la récompense n'est due par la

(1) Guillouard, II, n° 914, et les autorités citées.

communauté qu'à concurrence de son gain, elle ne devra que 40.000.

Reprenons notre espèce en la modifiant. Admettons que la communauté dure *vingt* ans, elle aura touché 180.000 d'arrérages, l'immeuble aurait rapporté 100.000 en revenus, elle gagne donc 80.000. Après vingt années que vaut la rente ? — 30.000 je suppose. L'époux perd donc 70.000. Or, comme la communauté ne doit pas plus que ne perd l'époux, quoi qu'ayant gagné 80.000, elle ne devra que 70.000.

Pour formuler le système, on dit que le montant de la récompense sera de la moindre des sommes obtenues en faisant, d'une part la différence entre les arrérages touchés et les revenus de l'immeuble, d'autre part la différence entre la valeur de l'immeuble et la valeur de la rente à reprendre en nature par l'époux vendeur.

Ce système fait honneur à la subtilité de son auteur, mais ne nous paraît pas devoir être admis. Il considère comme certain que la femme qui aurait vendu son immeuble ne perd que la différence entre l'immeuble aliéné et la rente qu'elle reprend, or rien n'est moins exact. Ce qu'elle perd en réalité, c'est tout l'excédant des arrérages sur les revenus, excédant qui représente la valeur de la nue-propriété immobilière qu'elle a aliénée, or cette nue-propriété ne pouvait et ne devait pas tomber en communauté (du moins sans récompense) donc on la lui doit. Elle la reprendra à la dissolution de la communauté dans l'état où elle se trouve, c'est-à-dire avec la valeur qu'a la rente à ce moment, mais il n'en est pas moins vrai qu'elle doit être

indemnisée de la privation de cette partie de son patrimoine durant la communauté. Le préjudice c'est tout ce qu'a touché la communauté en plus de son revenu normal, car c'est ce qu'aurait touché également la femme si au lieu d'être engagée dans les liens de mariage elle avait été maîtresse de ses droits.

Si l'époux a vendu un droit viager, sur quelle base se fera le calcul de la récompense ? La question est encore controversée.

Commençons d'abord par écarter l'hypothèse où l'époux usufruitier ou crédi-rentier décéderait le premier, car en ce cas, on s'en souvient, nous refusons toute récompense. Mais s'il survit à la dissolution de la communauté nous trouvons deux systèmes.

D'après le premier, l'époux pourrait réclamer intégralement le prix de vente sans aucune déduction. L'époux a vendu un propre, dit-on, le prix est la représentation du propre, c'est lui qu'il reprendra.

Ce système n'a qu'un tort, c'est de considérer le patrimoine des époux comme indépendant des droits de la communauté, et d'oublier que le principe des récompenses a sa source dans l'enrichissement et l'appauvrissement réciproques des patrimoines respectivement créanciers ou débiteurs. Or, la communauté touchait un usufruit ou une rente bien supérieure en valeur aux intérêts du prix de cession, elle n'a dû consentir cette aliénation que sous réserve de ses droits, la différence entre les intérêts du prix et les arrérages de la rente serait la représentation de son appauvrissement si elle devait restituer inté-

géralement ce prix ; il faut donc en défalquer cette différence (1).

La deuxième catégorie de récompenses, avons-nous dit, consiste dans l'obligation pour la communauté de restituer à la femme les sommes qu'elle a déboursées dans son intérêt. Nous avons vu dans quel cas la femme pouvait réclamer cette récompense, comment en déterminer la valeur ? La dette de la communauté comprend évidemment tout le principal, c'est-à-dire tout ce que la femme a déboursé. Faut-il y ajouter les intérêts ?

Nous ne le croyons pas. La situation est en effet la même que quand la communauté touche un prix pour un époux, et qu'elle le conserve dans sa caisse, l'intérêt lui profite exclusivement, sans faire naître à sa charge une obligation de le restituer. Or, quand la femme paie la dette de la communauté, c'est comme si elle versait les fonds dans la caisse de la communauté, pour être ensuite remis aux créanciers.

Si le paiement par la femme d'une dette de communauté avait nécessité des frais de justice, nous pensons que la communauté devrait rembourser dépens et principal, car c'est tout comme si les frais avaient été faits contre la communauté elle-même.

Reste la dernière catégorie de récompenses, celles dues par la communauté à l'occasion des faits de

(1) Laurent, XXII, n° 470 ; Guillouard, II, n° 917 ; *Sic* : Pothier, *De la Communauté*, n° 592.

gestion malheureuse du mari. Comment en déterminer le montant ?

Il est d'abord bien certain que la communauté devra indemniser la femme de tout le préjudice qu'elle a subi, cette évaluation est une question de fait réservée à l'appréciation souveraine des tribunaux. Mais ce dommage évalué au principal, les intérêts courront-ils au profit de la femme du jour de la demande en justice, ou bien de plein droit du jour de la dissolution de la communauté ? C'est croyons-nous la règle de l'article 1473 qui sera applicable. La raison d'hésiter, c'est que, au moins dans l'hypothèse où la communauté n'a pas tiré profit du préjudice subi par la femme, la créance de celle-ci n'est pas une véritable récompense dans le sens absolu du mot, puisque la communauté ne paye pas sa propre dette, mais la dette d'autrui, celle du mari. On pourrait donc croire qu'il faut une action en justice pour faire courir les intérêts. Mais l'article 1473 est général dans ses termes, qu'importe à quel titre la communauté doit ; elle doit, cela suffit pour rendre applicables les règles des récompenses. — On pourrait encore dire que la communauté doit tout ce que le mari pourrait devoir puisqu'elle est actionnée comme responsable. — Nous répondrions d'abord que cela n'est pas exact, car, si la femme accepte la communauté, elle ne pourra recouvrer que la moitié de l'indemnité ; tandis qu'en s'adressant au mari elle aurait obtenu réparation intégralement. Elle obtiendra donc plus ou moins selon la procédure qu'elle aura choisie. Puis la femme ne peut guère se plaindre, que si l'on admet qu'elle puisse, durant le mariage, exercer

déjà son action en récompense contre son mari, question que nous examinerons en son lieu.

Nous verrons bientôt que c'est à la dissolution de la communauté que se règlent les récompenses dues par un patrimoine à l'autre. Or, il peut arriver que l'un des époux se trouve à la fois créancier de reprises et débiteur de récompenses envers la communauté, pourra-t-on compenser ces deux créances jusqu'à due concurrence? Oui, car il n'y a rien là que de conforme à l'article 1289. Les qualités de créancier et de débiteur sont réunies sur une même tête, les dettes sont de la même espèce, elles sont liquides puisqu'elles ont pour objet une somme d'argent, elles sont exigibles, or comme la seule force de la loi suffit pour produire la compensation (art. 1290) il n'y a aucune raison d'en écarter l'application. La reprise de la femme sera donc en définitive du surplus de sa créance sur sa dette (1).

§ 3. — *Nature des récompenses*

I. — Les reprises sont elles un droit de *créance* ou de *propriété*?

Peu de questions ont soulevé d'aussi vives et aussi

(1) Nous renvoyons à un autre moment l'examen des conséquences de ce principe. Laurent, XXII, n° 488; Guillouard, II, n° 977; Cass., 15 mai 1872; S., 72, 1, 313, et la note de M. Labbé; Caen, 9 juillet 1889; J. P. 90, 1, 434.

durables controverses que celle de savoir en quelle qualité la femme se présentera à la liquidation pour se faire payer ses reprises. Sera-t-elle copartageante, sera-t-elle simplement créancière? La question a un intérêt pratique considérable, car propriétaire la femme qui prendra en paiement certains biens de communauté excluera les créanciers de la communauté, simple créancière au contraire elle devra partager au marc le franc avec eux l'actif commun et supportera au même titre qu'eux l'insolvabilité de la société conjugale, à moins d'un privilège.

On comprend que cette question ait divisé les interprètes. Le Code civil, on doit le dire, ne brille guère par sa clarté, et sa rédaction offrait bien matière à discussion.

Une première jurisprudence s'était formée sur cette question, et semblait avoir fixé définitivement le droit. Jusqu'en 1848, en effet, elle admit que la femme qui se présentait au partage subissait le concours des créanciers de communauté. Mais en 1848 se produisit un revirement, qui commence à l'arrêt du 1^{er} août 1848 et qui dura *dix années* jusqu'en 1858, où la question fut de nouveau portée devant la Cour suprême. Entre temps les cours d'appel avaient protesté contre cette innovation, le monde du droit s'était ému, il avait paru monographies sur monographies de la question, notes sur notes sous les arrêts, la lutte atteignait déjà de grosses proportions. C'est à la cour de Rouen que revient l'honneur d'avoir provoqué le retour à la saine doctrine des premières années. Son arrêt cassé par la Cour de Cassation fut renvoyé à la Cour de

Paris qui reproduisit la doctrine de la première Cour d'appel. La Cour de Cassation, devant laquelle revint pour la seconde fois l'examen de la célèbre question, statua toutes Chambres réunies, et après un délibéré de trois jours, sous la présidence de M. Troplong l'ardent défenseur de la doctrine des dix dernières années, se donna un démenti solennel, en s'inclinant devant la décision des Cours de Rouen et de Paris (1).

La discussion était définitivement close, et depuis, la Cour de Cassation a persévéré dans la voie qu'elle avait enfin adoptée, et force fut bien aux dissidents d'y entrer à sa suite. Notre question n'a donc plus qu'un intérêt historique, néanmoins il est curieux de voir combien d'opinions se sont produites à son occasion, et avec quelles distinctions et sous-distinctions ; d'autant plus que la critique des arguments développés peut être d'un grand intérêt pour la discussion d'autres questions plus secondaires, qui divisent encore les commentateurs.

Une première distinction qui s'impose est la suivante : La femme a-t-elle la même situation vis-à-vis de son mari et des créanciers de communauté, ou bien jouit-elle vis-à-vis du premier, d'une situation privilégiée qu'elle perd en présence des seconds ? Nous allons examiner successivement ces deux côtés de la question.

(1) Cass., 16 janvier 1858, (affaire Moinet) S., 58, 1, 9 ; D. P., 58, 1, 5.

A. — La femme se trouve en face des *créanciers* de la communauté pour l'exercice de ses reprises.

La solution définitive, nous l'avons dit, est maintenant qu'elle est une créancière comme une autre, subissant le concours des créanciers. Mais on a longtemps combattu cette opinion, il s'est formé de nombreux systèmes qu'il serait trop long d'énumérer, et qui peuvent d'ailleurs se ramener à quatre types principaux.

PREMIER SYSTÈME. — *La femme est propriétaire de ses reprises.*

Ce système se fonde sur divers arguments :

1° Le texte de l'article 1470 autorise chaque époux à prélever « sur ses biens personnels,..... le prix des immeubles non remployés,..... les indemnités dues par la communauté..... » or le prélèvement, c'est la prise avant partage de tout ce qui appartient aux époux, les propres ou leur représentation. La femme exercera ses reprises, et, s'il reste quelque chose, les créanciers se le partageront. Le texte ne fait pas de différence entre les différentes catégories de reprises, il met sur le même pied les biens qui existent et ceux qui n'existent plus en nature ; or, comme on ne peut contester que pour les premiers la femme soit restée propriétaire, il faut bien dire qu'elle l'est également pour les seconds.

L'article 1483 confirme encore cette opinion, car en n'obligeant la femme aux dettes de communauté que jusqu'à concurrence de son émolument, le légis-

lateur a voulu lui faire une situation nette. Il a voulu que le mariage ne puisse pas porter atteinte à son patrimoine, et que lors de la dissolution de la communauté elle ne voie pas passer aux mains des créanciers des valeurs que la loi ou son désir avaient mis à l'abri de leur atteinte. Or, si on faisait subir à la femme une réduction sur ses reprises, on entamerait l'intégrité de cet émolument, et la femme paierait sur ses propres des dettes de communauté dont ils doivent être affranchis;

2° La tradition. Les auteurs cités sont Ferrière et Pothier, nous y reviendrons.

DEUXIÈME SYSTÈME. — *La femme est une créancière privilégiée.*

Le plus célèbre défenseur de cette opinion est M. Troplong (1).

L'argument tiré de l'article 1470, et par suite celui de l'article 1471, invoqués seuls seraient insuffisants pour assurer à la femme une situation privilégiée, car les textes ne prévoient que les rapports des conjoints entre eux, et non leurs rapports avec les tiers. Dès lors on comprend que la théorie de la femme propriétaire doive succomber, où prendrait-on, en effet, ce droit de propriété si l'article 1470 est rejeté de la discussion ?

Mais, dit l'illustre auteur : « Ce qui fait la force de la femme c'est l'article 1483 ». « Qu'appelle-t-on

(1) III, n° 1635.

« émolument? C'est ce que la femme amende de la « communauté distraction faite de ses reprises..... » La conclusion c'est que cet émolument devant être net de charges, la femme prélèvera par *préférence* et avant partage ses reprises, et que les créanciers se paieront sur le reste..... s'il y en a.

Ici comme dans le premier système on invoque encore la tradition, représentée par les mêmes auteurs et les mêmes ouvrages.

TROISIÈME SYSTÈME. — *La femme ne sera payée de ses reprises qu'après que les créanciers auront été désintéressés.*

Comme on le voit, à simple lecture, ce système se jette dans une opinion extrême, mais diamétralement contraire aux précédentes. Il ne suffira pas de donner à la femme la situation de droit commun qui appartient à tous, comme nous le proposerons, on lui imposera un régime de défaveur, au moins lorsqu'elle aura accepté la communauté.

Voici le raisonnement : Le droit de la femme est de se payer en nature (art. 1470 et 1471) sur les biens de la communauté; or les créanciers doivent être payés en argent, la conséquence est que les deniers serviront à payer exclusivement les créanciers, et que s'il ne s'en trouve pas assez dans la masse active de la communauté ils feront transformer tout ou partie des biens en argent pour parfaire leur paiement, après quoi la femme se paiera sur le reste des biens, deniers ou corps certains.

Cela s'explique, car la femme est une copartageante, assimilable à un cohéritier, or « *bona non sunt, nisi deducto ære alieno.* » C'est donc sur l'actif net qu'elle exercera ses prélèvements.

Bien entendu, la femme renonçante viendrait au marc le franc, car par le fait de sa renonciation elle perd sa qualité de copartageante pour ne garder que celle de créancière (1).

QUATRIÈME SYSTÈME. — *La femme est une créancière comme une autre.*

Aucun des systèmes précédemment exposés ne pouvait réussir et n'a réussi, ils offraient tous trop d'inconvénients pratiques, aidaient à la fraude et consacraient des privilèges trop exorbitants, absolument contraires et à la tradition coutumière et aux principes mêmes de notre Code civil.

Le premier système, on s'en souvient, pour donner à la femme la qualité de propriétaire commence par s'appuyer sur la tradition. Certes en une matière éminemment traditionnelle, comme l'est toute celle du régime de communauté, la jurisprudence antérieure peut être d'un puissant secours au commentateur; mais cette jurisprudence et cette doctrine disent-elles bien ce qu'on leur fait dire? On cite Ferrière, mais la citation est malheureuse : « *Entre les conjoints par mariage et leurs héritiers les reprises ne se consi-*

(1) Demolombe, IX, n° 363 *bis*; de Folleville, I, n° 492 et suiv.; Levé, *Revue critique*, 1870, p. 237 et suiv.

« dèrent pas comme dettes communes, mais se
 « prennent par *détraction* et *délibation*, et comme par
 « *droit de propriété* (1). » Ne voit-on pas qu'il ne
 s'agit ici que des rapports des époux entre eux et non
 de leurs rapports avec les créanciers. La citation est
 étrangère à notre hypothèse. On invoque en outre
 l'autorité de Pothier, mais sans plus de bonheur :
 « Ceux-ci (les objets, prix des immeubles, choses
 « fongibles échues à la femme durant le mariage) ne
 « diffèrent des biens mis en communauté, qu'en ce
 « que la femme ou ses héritiers sont *créanciers* de la
 « reprise du montant desdits biens contre la commu-
 « nauté. Au surplus le mari n'a pas plus le droit de
 « disposer à son gré desdits biens, que de ceux de la
 « communauté..... La clause de réalisation ne laisse
 « à la femme qu'une créance pour la reprise... » (2)
 et dans son *Traité de la communauté* développant le
 même principe voici ce qu'il ajoute : « Le mari étant,
 « pendant que le mariage et la communauté durent,
 « seul maître de cette communauté, ayant le droit d'en
 « disposer à son gré, tant pour sa part que pour celle
 « de sa femme, sans son consentement, même de les
 « perdre et de les dissiper, c'est une conséquence que
 « la communauté est tenue de toutes les dettes qu'il
 « contracte pendant que durent le mariage et la com-
 « munauté. Ce droit qu'a le mari de charger les biens
 » de la communauté, tant pour la part qu'il y a que
 « pour celle qu'y a sa femme, de toutes les dettes

(1) *Sur la coutume de Paris*, art. 253, n° 13.

(2) *Traité de la puissance maritale*, n° 83.

« qu'il contracte pendant la communauté est une suite
 « de la qualité qu'il a de chef de la communauté, que
 « lui donne le droit de puissance qu'il a sur sa femme.
 « La femme, lorsque son mari contracte, est censée,
 « non en son propre nom, mais en sa qualité de com-
 « mune, contracter et s'obliger avec lui pour sa part
 « en la communauté, même sans qu'il en ait rien su
 « et sans qu'elle puisse s'y opposer. Ce principe a lieu
 « à l'égard de toutes les dettes que le mari contracte
 « pendant que dure la communauté » (1).

Où voit-on en tout ceci le droit de propriété proclamé par l'ancien droit ? Tous les auteurs disent au contraire que le droit de l'époux est un droit mobilier, comme tendant au recouvrement d'une somme d'argent, il ne saurait s'agir dès lors d'un droit de propriété (2). Or on comprend qu'une telle opinion ne pouvait passer inaperçue aux yeux des rédacteurs de notre Code. Ont-ils innové ? S'il en avait été ainsi, ils s'y seraient arrêtés et auraient d'une manière expresse manifesté leur volonté. Cette volonté, d'où prétend-on la faire sortir ? — De l'article 1470 qui, dit-on, ne distingue pas entre les diverses catégories de reprises. Mais d'abord ces textes ne visent pas le concours de la femme et des créanciers. Ils supposent un partage de communauté, auquel les tiers sont étrangers, mais ils n'expriment pas qu'ils sont exclus jusqu'à ce que la femme ait exercé ses prélèvements. Est-ce que tout ne dit pas au contraire que le droit de la femme

(1) N° 248.

(2) Voir *infra*, p. 237 et s. le tableau de cette doctrine.

est un droit de créance ? Que va-t-elle réclamer ? — Le prix des immeubles tombé en communauté. La réclamation d'une valeur n'est-elle pas le type même de l'action de créance ? Comprend-on un propriétaire qui ne pourrait dire « *adio hanc rem meam esse* » ? La femme n'est pas propriétaire de ce qu'elle reprend, elle le deviendra seulement par le fait du prélèvement, du paiement, et, comme le dit avec beaucoup de vérité M. Laurent, « être payé ne veut pas dire revendiquer. » (1) On invoque il est vrai la situation un peu exceptionnelle de la femme ; elle *prélève* des biens pour se payer, elle a un choix sur les biens, tous droits qui ne sont pas ceux d'un créancier ordinaire, mais cela prouve-t-il qu'elle soit propriétaire ? Elle est régie par des règles un peu spéciales, voilà tout. Le règlement des reprises est soumis à un régime particulier, facile à justifier, mais de ce que au lieu de se payer en argent elle peut le faire au moyen de certains biens choisis par elle, doit-on conclure qu'elle agit comme propriétaire ? — Non, puisqu'elle ne saurait revendiquer.

Les auteurs qui opinent pour le second système l'avaient bien senti, aussi M. Troplong dit-il que si l'article 1471 était seul invoqué il serait insuffisant, mais que l'article 1483 tranche la difficulté. Ce n'est pas à titre de propriétaire que la femme se présentera, mais à titre de créancière privilégiée. Elle ne doit payer les dettes que jusqu'à concurrence de son émolument,

(1) XXII, n° 532.

or son émolument c'est tout ce qu'elle prend dans la communauté *reprises exceptées*, prélevées, donc les reprises ne seront pas grevées du droit général de gage des créanciers, la femme ne subira pas leur concours.

S'il ne s'agissait que des créanciers du mari nous serions de cet avis, car les créanciers ne peuvent avoir plus de droits que leur débiteur, et le mari n'a d'action contre les biens de la communauté qu'après que la femme a exercé ses prélèvements (1); mais il en est différemment de ceux de la communauté. Le droit commun est celui de l'article 2093, les biens du débiteur sont le gage commun des créanciers, et pour donner à l'un d'eux une situation de faveur, il faut que cette faveur soit donnée par la loi. Pas de privilège sans texte, voilà la règle. Y a-t-il un texte qui donne à la femme cette préférence? Nous n'en connaissons pas. Bien plus il y a une matière où le législateur a traité spécialement les causes de préférence, c'est le titre des *Privilèges et Hypothèques*. La femme n'a pas été oubliée, on lui donne une hypothèque légale sur les biens de son mari, rien autre chose.

C'est l'article 1483, dit-on, qui établit implicitement le privilège. Mais pour y parvenir on est obligé de fausser les termes du Code et de lui faire dire ce qu'il n'a pas dit. L'émolument serait dans ce système la part d'actif commun, moins les reprises. La définition n'est pas dans la loi, et de plus est inexacte.

(1) Laurent, XXII, n° 525.

Quand la loi veut que la femme qui a fait inventaire ne soit pas tenue au delà de son émolument, elle veut dire par là que la femme ne sera pas tenue sur ses biens personnels. La règle de Dumoulin *marito non licet onerare propria uxoris* n'a pas d'autre portée. La femme est dans la même situation qu'un héritier bénéficiaire. Dira-t-on qu'un pareil héritier, créancier de la succession, se paiera d'abord de ses créances, sauf aux autres créanciers à venir ensuite se partager le reste de l'actif héréditaire ? — Personne n'oserait le soutenir, il y aurait cependant la même raison de le décider, puisque l'article 1483 n'est que le corrélatif de l'article 802. On n'a pas voulu que la femme fut moins favorisée qu'un héritier quelconque, pourquoi la favoriserait-on davantage ? Les propres de la femme assurément doivent rester hors de l'atteinte des créanciers, mais les reprises ne seront des propres qu'après l'attribution des biens de communauté aux époux pour leur en tenir lieu.

Tel est le droit commun, tels sont les textes en vigueur, et rien dans l'ancien droit ne permet de décider le contraire. M. Troplong rapporte il est vrai un arrêt cité par Guy Coquille « Fut dit par un arrêt « solennel prononcé par Monsieur le Président Séguier « le 14 août 1567, pour Anne Spifane, femme de « Jean Moulines, (j'y étais présent) fut dit, qu'elle « prendrait ses *propres et son douaire sans charge des « dettes faites par le mari* » (1) « or comment ajoute « M. Troplong la femme prendrait-elle ses propres

(1) *Sur Nivernais*, XXIII, art 7.

« sans charge des dettes, si on ne la payait pas par
« préférence, sur les biens et effets de la commu-
« nauté? » (1)

Il y a tout simplement erreur sur la valeur de l'ex-
pression « propres ». Les propres sont-ils les reprises?
Si oui, c'est bien ce que voulait dire l'arrêt cité,
sinon, il ne dit pas autre chose que ce qu'exprime
l'article 1483 entendu comme nous l'avons fait, que la
femme ne sera pas tenue au delà de son émolument.
C'est si vrai que Coquille ajoute « mais c'est à charge
« que la veuve fera inventaire et qu'il n'y aura de sa
« part ni recèlement, ni fraude ». N'est-ce pas bien
l'article 1483?

Ce n'est pas tout, voici à propos du droit de renon-
ciation à la communauté ce que sur l'article 14 disait
le même Coquille: « Cette renonciation, qui se fait
« suivant ledit article 14, semblerait être de peu de
« fruit aujourd'hui, quand selon les jugements de la
« Cour souveraine, qui nous servent de loi, la femme
« étant demeurée commune en biens avec son mari,
« n'est tenue des dettes de son mari, sinon jusqu'à
« la concurrence des *meubles* et *conquêts*; en sorte
« que quand bien même elle ne renoncerait point
« à la communauté par déclaration expresse, les
« créanciers n'auraient moyen de la contraindre
« outre les *meubles* et les *conquêts*, et elle retiendrait,
« francs à elle son *héritage* et son *douaire*. »

Voilà donc cet arrêt de 1567 commenté par les
jurisconsultes du temps! La femme ne sera pas tenue

(1) III, n° 1639, p. 152.

au delà des meubles et des conquêts, donc elle est tenue sur eux tous, et on ne doit excepter que les propres en nature, car son héritage et son douaire doivent rester francs.

Notons que la jurisprudence qui suivit la réformation postérieure de 1580 ne fit que consacrer l'ancienne tradition. Tel est un arrêt du 15 décembre 1591, rapporté par Anne Robert, célèbre avocat du XVI^e siècle, et cette jurisprudence ne fit que s'affermir par la suite, comme le témoignent deux actes de notoriété du Châtelet de Paris, l'un de janvier 1711, l'autre du 4 mars 1745 et qui attestent « que la femme n'a *aucun* « *privilege* sur les biens de son mari pour sa dot mobilière et autres créances résultant de ses conventions matrimoniales, et elle est mise dans la classe des autres créanciers, pour être payée par contribution avec eux sur le montant du mobilier, et par ordre d'hypothèque sur le prix des immeubles. »

C'est notre régime d'hypothèque légale.

Telle est l'ancienne jurisprudence, la doctrine n'était pas moins catégorique.

Nous savons déjà que le texte précité de Pothier ne visait que le cas d'un conflit entre conjoints. On ne saurait donc l'invoquer en l'espèce, il en est de même de Ferrière.

Citons Renusson : « Quand la communauté vient à se dissoudre, celui au profit duquel la stipulation a été faite, ses héritiers ou ayants-cause ont droit de prendre sur la masse de la communauté les choses mobilières, qui ont été reçues, qui avaient été stipulées propres : car tous les effets mobiliers ayant

« été confondus dans la communauté, et la commu-
 « nauté en ayant profité, il est vrai de dire que ce qui
 « avait été propre est une dette passive de la commu-
 « nauté, qui se considère comme *toutes les autres*
 « *dettes* passives de la communauté et se doit acquitter
 « de même » (1).

Bourjon est encore plus explicite : « Si tout ce
 « qu'elle (la femme) a tiré de la communauté était
 « mobilier, elle ne pourrait primer les autres créan-
 « ciers, et elle ne viendrait pour la dépense qu'elle a
 « droit de faire de son propre fictif qu'à contribution :
 « un pur mobilier ne peut se distribuer autrement,
 « qualité qu'il assujettit nécessairement à cette perte » (2).

C'est notre arrêt du Châtelet; et il ajoute : « Par le
 « droit civil, la femme, pour la répétition de sa dot
 « primait tous les créanciers de son mari, privilège
 « outré et qui parmi nous est resserré dans de justes
 « bornes....; parmi nous elle n'a pas sur les meubles
 « plus de droits que les autres créanciers, c'est-à-dire
 « qu'elle y vient comme eux à contribution; ainsi,
 « quant à ce, nul privilège, et il en est de même sur
 « les immeubles, tel est le droit commun du pays
 « coutumier dans lequel, sur les immeubles, elle n'a
 « que le droit qui résulte de la date de son hypo-
 « thèque » (3).

Reste une dernière objection tirée de Pothier. Il

(1) *Traité des Propres*, ch. iv, Sect. iv, n° 2.

(2) DROIT COMMUN DE LA FRANCE; Titre : *De la communauté*;
 ch. v, n° 35.

(3) *Ibid.*, Partie VII, ch. II, n°s 134 et 135.

suppose que, le partage étant fait, la femme a été payée de ses reprises, et il ajoute que dans ce cas, elle a droit de porter en déduction de l'actif, comme valablement faits, les paiements faits à elle-même, de même « qu'on doit lui allouer ce qu'elle a payé à « d'autres créanciers de la communauté qui ont été « plus vigilants à se faire payer que celui par qui elle « est poursuivie » (1). Donc si la femme doit rapporter en ce cas ce qu'elle a reçu à titre de partage, elle garde ce qu'elle a reçu à titre de créancière. N'est-ce pas là un privilège, s'écrie-t-on ? — Non c'est le droit commun ; tout créancier qui aurait reçu le paiement de sa créance et que d'autres créanciers viendraient plus tard inquiéter leur répondra : « *meum recepi* » ; vous n'êtes pas payés ? — Tant pis pour vous, il fallait vous présenter plus tôt, *jura vigilantibus scripta sunt*. Cela est si vrai qu'en matière de faillite il a fallu un texte spécial pour contraindre les créanciers, qui ont reçu un paiement après la cessation des paiements et en connaissance de cette cessation, à rapporter à la masse ce qu'ils ont reçu. La femme ne jouit donc d'aucun privilège.

Qu'on remarque que les systèmes que nous combattons n'ont jamais osé, pour justifier leur doctrine, se réclamer de la raison ou de l'utilité pratique. Ils ont invoqué des motifs de textes, de tradition et l'on sait quel cas il faut en faire. Mais sur le terrain de l'utilité générale ils eussent été vite battus. Laissons la parole à l'éloquent procureur général qui se fit

(1) *De la communauté*, n° 748.

devant la Cour de Cassation l'avocat de cette haute question de moralité publique :

« Jamais nos ancêtres, dit M. Dupin, jamais nos
« législateurs modernes n'eurent l'idée déloyale que,
« sous le régime de la communauté, la femme, blottie
« dans un coin de la maison conjugale, y guetterait
« les créanciers de son mari pour devenir plus tard,
« la cause de leur ruine; en venant toup à coup, par
« un retour offensif que rien n'autorise et dont rien ne
« les avertit dans la loi, prendre avant eux, par privi-
« lège et à leur exclusion, toutes les valeurs mobiliè-
« res et les conquêts de la communauté, c'est-à-dire
« l'actif même dont le mari se parait vis à vis d'eux
« pour obtenir leur argent et qui composaient au de-
« hors l'armure et l'amorce de son crédit. Car, sous
« ce régime, on ne saurait trop le dire, sous ce régime
« de liberté pour la femme, la confiance qu'elle a
« placée dans son mari devient la source et le germe
« de celle que lui accordent les tiers, qui, comme elle
« et après elle ont suivi la foi de leur débiteur.

« Ils savaient bien assurément que la femme com-
« mune a une hypothèque légale. Là, ils sont sans
« excuse, s'ils n'ont pas pris leurs informations, les
« précautions de droit, mais pour le mobilier, nulle
« préférence, nul privilège accordé à la femme, nul
« privilège prévu ou indiqué par le législateur.

« Vainement dit-on, pour rassurer contre les effets
« de ce privilège qu'on revendique pour la femme,
« que les tiers exigeront son engagement ! Mais y
« songe-t-on bien ? Les notaires y ont déjà répondu :
« ce sera la guerre dans le ménage si la femme ré-

« siste ; et souvent sa ruine quand elle aura la faiblesse de céder ; et d'ailleurs, comment exiger à chaque instant le concours de la femme pour les affaires courantes, les marchés de laboureur et de marchands conclus en foire, en voyage, et pour des sommes souvent peu importantes ? »

Un mot d'un ancien jurisconsulte, qui a tenu les sceaux de l'Etat, résume fort spirituellement ce tableau : « Si la nouvelle doctrine devait prévaloir, il ne faudrait plus dire les reprises, mais les surprises de la femme. » Et M. Laurent conclut avec raison que ce n'est pas seulement un bon mot, c'est aussi un mot juste ». Nous concluons donc que la femme n'aura aucun privilège pour se faire payer ses reprises (1).

Mais faut-il aller plus loin et dire avec le troisième système qu'elle ne pourra se faire payer qu'après que les créanciers auront été desintéressés ? Ce serait dépasser le but.

On se rappelle l'argumentation de cette opinion. On s'appuie sur les articles 1470 et 1471 pour soutenir : que la femme n'est qu'une copartageante qui ne peut concourir avec des créanciers ; que le droit qui

(1) Cass., 16 janvier 1858, déjà cité. (La jurisprudence est constante depuis cette époque); Rodière et Pont, II, n^{os} 1083 et suiv. ; Aubry et Rau, V, § 511, texte et note 13, pp. 357-358 ; Marcadé, V, art. 1471, III ; Coulon, *Questions de droit civil*, Q. 36, p. 132 et suiv. ; Paul Pont, *Revue critique*, année 1853, p. 436 et suiv., et 1854, p. 522 et suiv. ; Colmet de Santerre, VI, n^o 132 bis et suiv. ; Valette, *Mélanges de droit, de jurisprudence et de législation*, I, p. 401 et suiv. ; Laurent, XXII, n^{os} 526 et s. ; Guillouard, II, n^o 923.

lui appartient exclusivement de *prélever* des biens en paiement prouve qu'elle ne peut, comme les créanciers, saisir et faire vendre ; que par suite elle ne pourra passer qu'après eux, et l'on invoque l'article 830 qui autorise le *prélèvement* par un héritier des biens de la succession, lorsque son cohéritier ne fait pas le rapport auquel il est tenu.

Il n'y a aucune analogie ; les prélèvements de la femme sont un mode de paiement, ils se font à titre *onéreux* ; ceux de l'héritier sont un mode de partage, plus simple que le partage en nature, et se font à titre *gratuit*. Or il n'y a de partage possible que de l'actif, qui n'existe que dettes déduites. Il est juste que l'héritier n'exerce ses prélèvements qu'après désintéressement intégral des créanciers, car il lutte *de lucro captando*. La femme est dans une situation bien plus favorable, elle avait des biens, ils ont été convertis en mobilier ou argent qui va peut-être servir à payer les créanciers, il n'est qu'équitable de la faire concourir avec eux pour se payer sur ces biens, car elle lutte *de damno vitando*. Pour l'en empêcher il faudrait un texte précis, et ce ne sont pas les articles 1470 et 1471 qui ont jamais édicté une pareille exclusion. Ils organisent un mode de liquidation, mais ne créent aucun privilège ni pour, ni contre la femme.

Ce qui n'est pas le moins curieux, c'est de voir ce système se réclamer à son tour de la tradition historique, quoi qu'avec une certaine timidité : « Sans doute, « dit M. de Folleville, nos anciens auteurs ne voyaient « pour la plupart qu'une créance dans ces actions en « remploi ou en reprise comme on les appelait alors.

« Mais Pothier nous apprend cependant qu'il s'était
« produit une opinion divergente, qui leur attribuait
« un tout autre caractère. (1) » et le passage vanté de
Pothier nous le connaissons bien : « Ces reprises
« paraissent à plusieurs devoir être regardées moins
« comme une créance que comme donnant au conjoint
« qui a ces reprises à exercer *un droit plus fort* dans
« la communauté, lequel diminue d'autant celui de
« l'autre conjoint qui n'en a pas à exercer (2) ».

De sorte que dans cette opinion le droit plus fort se traduit par une situation inférieure. Voilà donc un texte qui sert aux deux opinions les plus extrêmes, et, détail piquant, sans viser probablement aucune d'elles, car je me demande si Pothier n'a pas voulu dire simplement que les créances de reprises seraient exercées par les époux, sans qu'on puisse leur opposer la confusion pour moitié résultant de leur qualité de communs en biens, sinon elle aurait pour effet d'empêcher que l'exercice de ces reprises « ne diminue d'autant le droit
« de l'autre conjoint qui n'en a pas à exercer ». D'après cette explication la phrase de Pothier ne serait pas un prescrit, mais une observation, purement incidente.

Les conclusions si absolument contraires auxquelles aboutissent les systèmes que nous venons de combattre, ne prouvent-elles pas suffisamment l'exagération de chacun d'eux et par suite leur erreur. Aussi pen-

(1) I, n° 492 bis, p. 549 et suiv.

(2) *Traité des Successions*, ch. v, art. 2.

sons-nous que c'est au troisième qu'il faut s'en tenir, comme au plus juridique, et au plus équitable (1): « la femme et les créanciers, a dit je ne me rappelle plus quel sagace jurisconsulte sont tous des naufragés d'un même navire. »

On comprend que la solution de cette question, maintenant tranchée, ait pu soulever des protestations chez les intéressés, et que sous une forme indirecte on ait essayé de la représenter.

En voici une: La femme qui a déclaré dans son contrat de mariage vouloir reprendre son apport franc et quitte, y sera-t-elle admise contre les créanciers?

Dans la doctrine qui prévalut pendant dix ans, il fallait répondre oui; puisqu'on admettait le privilège de la reprise, il n'y avait aucune raison pour le refuser dans cette espèce. C'est ce qui eut lieu. En 1854 le tribunal de la Seine, à qui la question était posée, la trancha en faveur de la femme, et la Cour de Paris confirma. Mais la jurisprudence nouvelle venait d'être inaugurée, et quand la question fut portée à la Cour de Cassation, l'arrêt de 1858 était rendu.

Devant le tribunal de la Seine et la Cour de Paris on avait invoqué les articles 1470, 1471 et 1483. C'était le système alors en faveur. Maintenant il était ruiné, force fut bien de prendre des armes nouvelles. L'article 1514, dit-on, en autorisant la femme à reprendre

(1) Besançon, 17 janvier 1883; J. P., 84, 1, 312.

sion apport franc et quitte, ne lui accorde-t-il pas un privilège ?

La Cour de Cassation a très bien répondu qu'il n'y a pas d'autres privilèges que ceux reconnus par la loi, et que la loi ignore celui qu'on prétend invoquer ; que l'article 1514 ne concerne que les époux, et ne fait que régler leurs rapports entre eux, non leurs rapports avec les tiers, que ce texte est d'ailleurs une disposition exorbitante et qu'on doit le restreindre à sa plus étroite interprétation (1).

Si ce privilège ne résulte pas de l'adoption pure et simple de la clause prévue par l'article 1514, ne peut-il pas être expressément stipulé par contrat de mariage ?

Nous croyons que rien ne s'y oppose. En effet, la reprise est une créance comme une autre, parce que les biens qu'elle représente sont des biens comme d'autres. Rien n'empêche de l'affecter du privilège de la dotalité, la communauté peut très bien être modifiée par des emprunts au régime dotal et alors la reprise devenue insaisissable pour les créanciers, ne peut être réduite par eux, c'est une créance dotale, faisant partie de la dot, et hors de leur pouvoir. Mais il faut pour cela que le contrat l'ait spécialement et expressément prévu ; car, ainsi que le dit la Cour de Cassation : « Une stipulation contraire

(1) Cars., 23 août 1839 ; S., 60, 1, 557 ; J. P., 60, 558 ; Rouen 17 juin 1869 ; J. P., 71, 561 ; Agen, 23 février 1881 ; J. P. 81, 1 811, et Dalloz, *supp.* v° *Cont. de mariage*, n° 851.

« à la nature et au régime sous lequel les
« époux se sont placés doit être conçue en termes
« clairs et tellement explicites, que les tiers ne puissent
« être induits en erreur sur la faculté exorbitante
« accordée à la femme..... (1) ». Cependant il suffirait
que la clause dont nous parlons soit déclarée simple-
ment opposable aux tiers, car il n'y a pas de termes
sacramentels pour exprimer une volonté, et la jurispru-
dence a pu admettre que la femme en ce cas exercerait
intégralement ses reprises, même quand elle se serait
obligée personnellement, même quand elle aurait été
condamnée. Il n'y a rien là de choquant, la femme est
impuissante à compromettre sa dot par ses enga-
gements.

Un scrupule est cependant possible. N'est-ce pas là
contrevenir à la règle qui prohibe tout privilège sans
texte ? La réponse est simple, la dotalité est un privi-
lège autorisé par la loi.

B. — Les reprises s'exercent *entre époux*.

Il semblerait que la question de la nature du droit
de reprise dût être épuisée après l'arrêt de 1858.
Toutefois la question se représenta encore, mais dans
des conditions différentes. Il ne s'agissait pas évi-
demment de renverser une seconde fois la jurispru-
dence, mais de faire statuer sur la nature du droit de

(1) Cass., 29 janvier 1866 ; S., 66, 1, 141 ; J. P., 66, 367 ;
Rouen, 17 juin 1869 ; J. P., 71, 561 ; Agen, 23 février 1881,
précité ; Riom, 11 et 24 juillet 1886 ; *Pandectes françaises*, 87,
II, 88 ; Guillaud, III, n° 1606 et 1607.

reprise quand ce droit s'exerce non pas vis à vis des tiers, mais seulement entre époux. La question n'était pas neuve, car la jurisprudence qui avait admis le droit de propriété vis à vis des tiers, l'admettait également entre les époux (1), et cette opinion a chez quelques auteurs survécu et à l'ancienne et à la nouvelle jurisprudence.

L'intérêt de la question n'était pas le même à la vérité qu précédemment, mais n'en existait pas moins à d'autres égards. Certes on ne pouvait guère contester que la femme eût sur son mari un droit de préférence, droit que lui confèrent des textes très précis (art. 1479 et 1471). On ne pouvait pas davantage méconnaître qu'elle pût exercer ce droit à l'encontre des créanciers de son mari, car ceux-ci ne sauraient avoir plus de droits que leur débiteur, mais ceux qui, allant plus loin, reconnaissaient à la femme un droit de propriété sur ses reprises, étaient amenés à dire que la nature de son droit se déterminait d'après l'objet de ce droit, qui serait mobilier ou immobilier, suivant que le choix de la femme porterait sur un meuble ou un immeuble ; autre conséquence, c'est que les objets prélevés devaient être appréciés suivant

(1) Cass., 29 mars 1849; S., 49, 1, 353; Caen, 31 déc. 1852; S., 53, 2, 344; Cass., 23 fév. 1853; S., 53, 1, 373; Paris, 31 mars 1853, S., 53, 2, 337; Cass., 30 mai 1854, S., 54, 1, 386; Bourges, 20 août 1855, S., 57, 2, 266; Metz, 10 avril 1862; S., 62, 2, 200; Agen, 17 avril 1868; S., 68, 2, 4; Demolombe, IX, n° 363 et s.; Marcadé, V, art. 1472, II et III; Rodière et Pont, I, n°s 383 et suiv.; *Revue critique de législation et de jurisprudence*, année 1861, in article de M. Pont, p. 481; De Folleville, I, n°s 48 et suiv.; Esmein, *Revue critique*, année 1877, p. 83 et suiv.

leur valeur au jour de la dissolution de la communauté et non au jour du prélèvement (1).

Quant à la femme renouçante, il fut toujours certain que n'ayant point été commune, elle ne pouvait être copartageante, et par suite ne pouvait avoir la propriété de biens qui de tous temps avaient appartenu à son mari seul. Mais *quid* de la femme acceptante ?

La question fut posée pour la première fois après l'arrêt *Moinet* à la Cour de Metz, en 1862 : « Attendu, « dit cette Cour, que cette action, sera immobilière si « elle tend à *revendiquer*, etc. » (2) Le mot *revendiquer* indique suffisamment que l'argumentation prenait son point de départ dans un droit de propriété qu'on considère comme incontestable. La vieille doctrine se survivait à elle-même, et la Cour de Metz invoquait à l'appui de son système les trois moyens suivants :

1° Le *mode d'exercice de l'action*, car le caractère distinctif d'une créance, c'est qu'elle peut être recouvrée par voie d'action ou d'exécution directe contre la personne du débiteur et sur ses biens, or si elle existe au profit de la femme c'est à titre subsidiaire seulement, la femme ne pouvant recourir contre son mari qu'à défaut de biens suffisants dans la communauté, et quant au mari, ce serait un créancier sans débiteur ;

2° L'*objet de l'action* résiste bien davantage encore à cette idée, car le caractère d'une simple créance est

(1) Rodière et Pont, II, n° 1082.

(2) V. *supra*, p. 228, l'arrêt cité à la note.

d'être recouvrable par voie d'exécution forcée (vente publique des biens du débiteur), or l'époux procède par un prélèvement en nature d'objets certains. On explique que la liquidation qui précède le prélèvement et le partage a pour but de faire connaître la *quote-part* que prendra chaque époux dans la masse indivise, c'est-à-dire de fixer l'étendue de son droit réel, correspondant à l'importance de sa mise, et que le prélèvement et le partage qui viennent ensuite ont pour effet l'attribution qui lui est faite en nature, et dont il doit d'après cette *quote-part* être déclaré propriétaire ;

3° La *qualité* en laquelle l'époux procède ne répugne pas moins à l'idée d'une simple créance, puisque le recouvrement d'une créance se fait par la *vente de la chose d'autrui*, tandis que l'époux prélève en nature dans une *masse indivise* des objets sur lesquels il a un droit de copropriété. Il est donc censé en avoir toujours été propriétaire.

On invoquait encore l'intention des parties, généralement conforme à la réalité des faits, et enfin des raisons de simplification dans les liquidations, entre les successeurs aux meubles et les successeurs aux immeubles. Enfin on prétendait continuer ainsi les traditions de l'ancien droit et on invoquait l'autorité de Ferrière (1), d'Argou (2) et entre autres citations le passage que nous avons déjà transcrit (3).

(1) *Sur la coutume de Paris*, art. 232.

(2) *Institution du droit français*, liv. III, ch. v, p. 46 et 47. (Edition de 1771).

(3) *Supra*, p. 211.

Ce n'est pas notre sentiment. L'ancien droit que l'on invoque est unanime à reconnaître à l'action en reprise, exercée même entre époux, un caractère toujours mobilier, et à en déduire les conséquences nécessaires (1).

M. Esmein (2) qui s'est fait le champion du droit de copropriété, l'explique de la manière suivante. Avant l'introduction dans la coutume de l'action de remploi, la communauté se partageait par moitié; rien de choquant à cela, car le prix des propres tombait alors en communauté. Mais quand le remploi fait son apparition, le droit des époux ne sera plus égal si l'on considère le prélèvement comme un droit de créance; car l'acceptation de la communauté par la femme aurait pour effet d'éteindre la moitié de sa reprise, et si dans le droit qui suit la coutume réformée on lui conserve ce caractère, un revirement se produit dans les derniers siècles, afin d'assurer l'efficacité de la reprise et le droit de copropriété se fait jour. C'est ce qui explique les expressions dont Pothier se servira pour désigner le mode des prélèvements qui se font par *délibation et distraction*, méthode que le savant auteur ne donne pas comme séculaire puisqu'il la qualifie d'opinion moderne (3).

L'explication est ingénieuse; est-elle bien juste? La théorie de Pothier est loin d'avoir réuni l'unanimité

(1) V. *Infra*, p. 237 et s., les nombreuses citations que nous transcrivons sur cette question.

(2) *Revue critique de la législ. et de jurispr.*, année 1877 p. 91.

(3) *Successions*, ch. v, art. 2, § 1.

des suffrages; Lebrun proteste contre cette nouveauté. « Non seulement, dit-il, l'action du remploi est « réputée mobilière, à l'égard de la femme et de ses « héritiers, parcequ'elle ne s'intente que pour le *prix* « de la vente du propre, et que les actions se déter- « minent par l'objet qu'elles poursuivent.... Mais elle « est aussi mobilière à l'égard du mari et de ses héri- « tiers qui doivent le remploi » (1).

Le jurisconsulte le plus près de nous, Guyot (2), suivait la même doctrine, bien loin d'adopter l'opinion moderne relatée par Pothier. M. Esmein (3) est bien obligé de reconnaître que la doctrine nouvelle n'avait pu détrôner l'ancienne, même dans le dernier état du droit, et que Pothier lui-même expose successivement les deux méthodes, celle des prélèvements par *délibration et distraction* (4) et celle du mi-denier, ou de créance (5). La jurisprudence du dernier siècle consacrait d'ailleurs la seconde théorie, qui ne paraissait pas prête de succomber (6).

Soutenir que les traditions de l'ancien droit sont

(1) *Traité de la communauté*, liv. III, ch. II, sect. I, Dist. II, n° 97.

(2) *Repert. de jurispr.*, V° remploi.

(3) *Op. cit.*, p. 93.

(4) *De la communauté*, n° 701.

(5) *Ibid.*, n°s 702, 703 et 704.

(6) Arrêt du 29 décembre 1739. (Affaire Gambart c. Lacombe). *Arrêts du Parlement*, ch. 68, p. 333, admettant le caractère mobilier du droit de reprise, suivant le système déjà adopté par un arrêt du 17 février 1730.

Arrêt du 7 septembre 1736. (Affaire Pierre c. Viel). *Denizart*, V, *remploi*, n° 56.

Arrêt du 12 juillet 1776. (Affaire Gannellet c. Le Febvre), *Gazette des Tribunaux*, année 1776, vol. 2, n° 38, p. 177.

certaines sur notre question est alors au moins téméraire. Tout au plus peut-on concéder que la doctrine était partagée et la controverse de la question enlève un peu d'autorité aux précédents historiques.

C'est donc avec les ressources de notre droit moderne qu'il faut trancher le débat, et à la doctrine de l'arrêt de Metz nous répondrons :

Certes le mode d'exercice de l'action en reprise est, à certains égards, différent de celui qui appartient à un créancier ordinaire, mais qu'est-ce que cela prouve, sinon, comme nous l'avons déjà dit, que la femme jouit pour se remplir de ses droits de certains privilèges *vis-à-vis de son mari*? Mais parce que la loi lui a recommandé certain mode de paiement, cela change-t-il la nature de son droit? Qu'est-ce qu'elle réclame? Une indemnité, une valeur, une somme d'argent, or la réclamation est-elle jamais une revendication? Qu'importe comment la femme sera payée, le débiteur qui reçoit en paiement d'une somme d'argent un objet corporel ne peut pas pour cela s'en dire propriétaire, il ne le sera que par la tradition.

Le mode de liquidation des reprises a été réglé de la sorte parce que le législateur a pensé que tel était l'intérêt des époux, mais il n'a pas entendu pour cela bouleverser les principes les mieux assis du droit commun, et c'est ainsi que quant à son objet l'action de la femme est un peu spéciale.

La qualité de l'époux y fait-elle obstacle? Nullement, elle justifie la règle admise par le législateur, mais comment peut-elle donner à des créanciers une

qualité de copartageant, qu'ils ne pourront prendre que lors du partage ? Qu'est-ce que cette rétroactivité d'un partage qui n'existe pas ? Voilà une nouvelle fiction (1).

La question a été portée à la Cour de Cassation, en 1862 et c'est en ce sens et par les motifs ci-dessus qu'elle l'a résolue : « Attendu, dit l'arrêt dans un de ses motifs complémentaires, que s'il était possible d'admettre que c'est à titre de propriétaire que la femme exerce ses prélèvements pour se couvrir de ses reprises, il faudrait en conclure que le prélèvement dans l'ordre établi par la loi est obligatoire pour elle, et qu'elle ne peut abdiquer son droit de propriété pour ressaisir celui de faire valoir la créance mobilière qui, dans l'origine lui appartenait ; — mais que les principes les plus certains protestent contre une telle conséquence, qu'il ne dépend pas du mari de transformer par sa seule volonté le droit de la femme et de lui imposer un emploi qu'elle n'a pas accepté ; que le prélèvement *n'est pour elle qu'une faculté*, et que si les biens qui lui sont offerts ne sont pas à sa convenance, elle est libre de les refuser et de s'en tenir au droit commun, et d'exercer ses droits sur leur prix comme pourrait le faire tout créancier ;... » (2).

Nous avons vu la critique historique de M. Esmein ;

(1) Laurent, XXII, n° 537 ; Guillouard, II, n° 928.

(2) Req., 1^{re} juin 1862, S., 62, 1, 829 ; *contra*, Rodière et Pont, II, n° 1082.

à l'appui de sa thèse il présente en outre une argumentation dogmatique qu'on peut résumer ainsi :

1° Un droit de créance suppose un débiteur, or, quand le mari exerce sa reprise il n'a pas de débiteur, et le droit de la femme a le même caractère que celui du mari ;

2° Si la reprise est un droit de créance, il faut reconnaître à l'époux qui l'exerce le droit d'exécuter sur les biens de la communauté ou de prélever, et quand il opérera le prélèvement il y aura une véritable dation en paiement ;

3° Si la reprise était une créance elle se diviserait de plein droit, comme toutes les créances entre les époux, or chacun reprend le prix de ses propres intégralement.

Voici comme nous y répondrons :

Oui un droit de créance suppose un débiteur, mais le débiteur, c'est la communauté, non pas que nous la considérons comme une personne morale, mais elle constitue néanmoins un patrimoine spécial et responsable. C'est en ce sens que l'article 1409 dit que « la communauté se compose passivement etc... » C'est en ce sens qu'il faut entendre qu'elle est débitrice des reprises.

Les conséquences de notre principe nous ne les repoussons pas ; le prélèvement est facultatif, car il n'est qu'un mode de règlement offert au créancier, obligatoire pour le débiteur ; l'appropriation de

l'objet prélevé se fera par une véritable dation en paiement (1).

Enfin si la créance ne se divise pas de plein droit entre les époux cela tient à ce qu'elle se fait avant partage et hors partage, pas plus que la créance de l'héritier bénéficiaire sur le défunt ne se partage entre les cohéritiers. C'est la masse qui la paie, et la masse sera diminuée d'autant.

En conséquence nous ne saurions admettre, avec la Cour de Cassation, que la femme, ou ses représentants puissent, à défaut d'argent comptant ou du mobilier venir exercer les reprises sur les immeubles de la communauté, qui après la dissolution de la communauté auraient été aliénés par le mari. Elle ne le pourrait en effet qu'en soutenant qu'elle était propriétaire des biens vendus, et qu'ainsi la vente est nulle comme vente de la chose d'autrui. Or n'étant, comme nous le savons, que créancière, elle n'avait sur ces biens qu'un droit de gage, et subira la vente, sauf à se payer sur le prix encore dû (2).

(1) *Infra* p. 241.

(2) Cass., 6 nov. 1861 ; S., 62, 1, 829 : Remarquons que cet arrêt est antérieur à celui cité plus haut, et que par conséquent la Cour n'avait pas encore tranché définitivement la question de la nature des reprises entre époux. Rodière et Pont, II, *loc. cit.*

II. — Les reprises sont-elles un droit *mobilier* ou *immobilier* ?

La question ne saurait être douteuse dans le système que nous venons de développer. Si la reprise est *erga omnes* un droit de créance, ce droit tend en principe vers une somme d'argent, chose essentiellement mobilière, or, *jus est mobile quod tendit ad mobile*, donc elle sera toujours un droit mobilier. Qu'importe que le paiement se fasse en immeubles, ce n'est pas le résultat mais le but de l'action qui détermine la nature du droit générateur de cette action.

Cette doctrine n'est pas nouvelle.

Charondas examinant « à qui des héritiers aux meubles ou des héritiers aux immeubles appartiendra le prix des rentes immobilières rachetées constant le mariage, sans qu'il ait été fait remploi, considère que de tels deniers ont été ameublis dès le vivant de la femme à laquelle les rentes appartenaient, et ne sont venus à son héritier *que comme meubles*, n'estant aussi l'action pour les remplacer que mobilière, pour les reprendre sur les biens de la communauté » (1). Il était en cela d'accord avec la jurisprudence de l'époque puisque « par cet article appert que le remploi non stipulé par contrat de mariage est réputé meuble, comme a esté jugé par arrest du 22 décembre, aux arrests de Noël 1593 » (2).

Cette opinion n'était pas isolée ; d'Argentré profes-

(1) *Réponse*, 60, p. 365, 706 et 1272 de 1594.

(2) Art. 232, *Coutume de Paris*, p. 367.

« sait la même doctrine (1) ; Bacquet estime également
 « que l'action (en remploi) ne contient.... qu'une
 « simple reprise de deniers sur les biens de la commu-
 « nauté qui n'est qu'une action purement mobi-
 « lière » (2).

Brodeau pose les mêmes principes et déduit les mêmes conséquences : « soit que la reprise pour le
 « remploi du propre vendu se fasse en vertu de la
 « coutume ou d'une convention particulière du contrat
 « de mariage..... le remploi n'étant pas fait, les deniers
 « s'ils se trouvent en nature, ou s'ils sont consommés,
 « l'action pour la reprise appartient à l'héritier mobilier
 « du conjoint (3).

Ricard n'est pas moins explicite : « Cette action
 « pour le remploi des propres aliénés, mesme au cas
 « qu'il échet de prendre sur des immeubles est néan-
 « moins censée mobilière, et en cette qualité appartient
 « aux héritiers des meubles : ce qui dépend d'une
 « raison que nous avons déjà touchée ailleurs, que
 « pour juger de la nature de ce qui peut revenir d'une
 « action, on ne considère pas sur quelle sorte de biens
 « elle est à prendre, mais seulement sur ce qui peut
 « en revenir ; de sorte que si elle va évincer un héritage
 « des mains de quelqu'un elle est *immobilière*, si au
 « contraire une somme d'argent, quoi qu'on la pré-

(1) Art. 412 de l'ancienne, art. 431 de la nouvelle *Coutume de Bretagne*.

(2) *Droits de justice*, ch. XXI, n° 307, p. 300.

(3) Sur l'art. 94 de la *Coutume de Paris*, p. 36.

« *tende sur un immeuble*, elle ne laisse pas d'être
« *réputée mobilière* » (1).

Duplessis est aussi catégorique « *quoi qu'il en soit*
« *la dette est toujours mobilière* » (2).

Renusson est du même avis « *la raison est que les*
« *conjointes par mariage ayant vendu pendant la*
« *communauté leurs propres, la communauté n'est*
« *débitrice que du prix dont elle a profité, non de*
« *l'héritage* » (3).

La même doctrine, encore mieux circonstanciée,
s'affirme avec Lebrun : « *L'action de remploi appartient*
« *aux héritiers mobiliers et quand le conjoint à qui il*
« *est dû se survit et se remarie, elle entre dans une*
« *seconde communauté* » (4).

Guyot à une époque beaucoup plus rapprochée de
nous, donne la formule du dernier état de la doctrine
coutumière : « *Quoique le remploi ait souvent pour*
« *objet le remplacement d'un immeuble qui a été aliéné*
« *et que l'action de remploi soit elle-même ordinaire-*
« *ment stipulée propre; comme c'était le bien même*
« *dont elle tend à répéter la valeur, cette qualité de*
« *propre imprimée à l'action de remploi n'est relative*
« *qu'à la communauté, et cela n'empêche pas que dans*

(1) Sur Fortin, art. 232 de la *Coutume de Paris*, où il cite un
arrêt du 11 avril 1613, infirmatif d'une sentence du Prévôt de
Paris.

(2) Liv. II, p. 450.

(3) Ch. VI, n° 3, p. 191.

(4) Liv. III, ch. II, sect. I, Dist. II, n° 89, p. 372 et n° 97, p. 374,
et Bourjon, DROIT COMMUN DE LA FRANCE; *Communauté*, VI^e partie,
ch. I, sect. V, n° 622 et 623, et le passage transcrit plus haut,
p. 227.

« la succession du conjoint auquel le emploi est dû, « l'action ne soit réputée mobilière et n'appartienne à « son héritier mobilier » (1).

Ainsi, depuis la réformation des coutumes, qui, en introduisant le emploi, a donné naissance à la question, jusqu'à nos jours, on peut dire qu'une doctrine constante, soutenue par la jurisprudence des Parlements (2), a considéré notre action comme mobilière parce qu'elle tend suivant les termes de l'article 332 de la *Coutume de Paris* à la reprise du prix de la vente.

Cette tradition doctrinale et jurisprudentielle, notre législateur l'a consacrée dans notre article 1470 : « Chaque époux prélève le *prix* des immeubles, etc... » et ce prix est une chose essentiellement mobilière.

Les conséquences sont intéressantes :

1° Si un époux laisse deux légataires l'un aux meubles l'autre aux immeubles, c'est au seul, légataire aux meubles qu'écherra le droit de reprise.

2° Si un époux venait à contracter un second mariage avant la liquidation de la première communauté, l'action en reprise tomberait dans la nouvelle communauté, même si lors du partage le paiement s'en faisait en immeubles (art. 1401).

3° Si le conjoint survivant a été institué contrac-

(1) *Répertoire de jurisprudence*, V° emploi. — Cet article est de Merlin et il a été reproduit textuellement par ce dernier, au moins en ce qui concerne le passage dans son *Répertoire*, V° Legs. sect. v, § 2, n° 4.

(2) Il serait trop long de citer les nombreux arrêts rendus en ce sens sur la question (de 1391 à 1776) nous n'en n'avons pas compté moins de douze, et il en existe d'autres bien sûrement.

tuellement successeur aux meubles du prédécédé, les reprises du conjoint y seront comprises, et il pourra faire payer les siennes propres *pro modo emolumenti* par le successeur aux immeubles de son conjoint (1).

Les époux ne pourraient-ils pas déroger à notre règle par convention de mariage ?

Dans la limite de leurs rapports respectifs, cette convention serait certainement valable, c'est en effet la clause de réalisation du mobilier (2).

Le pourraient-ils également vis-à-vis des tiers ? Nous en doutons, car la nature des biens a été fixée par la loi (3), si dans leurs rapports réciproques les parties peuvent y contrevenir, les tiers ne sont pas obligés de respecter une pareille convention, qui leur est étrangère. *Res inter alios acta neque nocet neque prodest.*

III. — Les reprises sont elles une *dation en paiement* ?

La question ne manque pas d'être embarrassante et la difficulté est surtout de mettre les auteurs d'accord, moins avec les textes qu'avec leurs propres principes,

(1) Guilhaud, II, *loc. cit.*, *contra*, Rodière et Pont, *loc. cit.*

(2) Guillaud, II, n° 929; Cass., 14 nov. 1871, S., 71, 1, 217.

(3) Argument des lois du 1^{er} avril 1860 et 20 mars 1863, sur l'immobilisation des actions de la Banque de France et certaines autres valeurs. S'il a fallu un texte spécial pour l'autoriser, c'est que en thèse générale cette attribution de qualité est défendue.

Le droit d'un créancier sur les biens de son débiteur est écrit dans l'article 2092. Il fait saisir les biens soumis à son gage et il se paie sur le prix. Le principe est si absolu, que lorsqu'un objet a été affecté spécialement à la garantie d'une dette, le créancier n'a pas le droit de se l'approprier en paiement. Dès lors dans l'opinion de ceux qui considèrent les époux comme créanciers des reprises, il serait logique de décider que la femme, qui pour se remplir de ses reprises prélève certains objets corporels, n'en devient propriétaire que par une dation en paiement, translatrice de propriété. Son droit consistait en effet à réclamer une somme d'argent; au lieu de cela elle *préfère* prendre un objet quelconque dans la communauté, elle échange son droit contre un autre, il y a mutation de propriété.

Non, répond-on: 1° la dation en paiement est le résultat d'un concours de volontés, c'est du plein consentement du créancier et de celui du débiteur que s'opère la substitution, ici l'époux tient son droit de la loi, il peut contraindre l'autre époux, ou plus exactement la communauté à supporter le prélèvement prévu par l'article 1471.

Nous cherchons en quoi cela change le caractère de l'opération. Qu'importe que le débiteur de son plein gré, ou seulement sur l'ordre de la loi, transfère la propriété, elle n'en est pas moins transférée. Celui dont l'immeuble a été vendu en justice sur expropriation forcée, n'en a transmis la propriété que contraint et forcé, la mutation ne s'en est pas moins opérée avec toutes ses conséquences.

ces. Mais ce n'est pas l'argument de résistance de nos contradicteurs, certains auteurs l'omettent même volontairement (1) ;

2° L'époux ne prélève pas l'objet de sa reprise comme un créancier reçoit l'objet qui lui est donné en paiement par son débiteur : « quand l'époux prélève ce qui lui est dû en effet de la communauté, dit M. Laurent, la masse sur laquelle il fait le prélèvement est une masse indivise dont il est copropriétaire ; en prélevant un effet de communauté, il prend en paiement de ce qui lui est dû une chose dont il est copropriétaire par indivis ; il ne peut s'agir de transférer la propriété à celui qui est déjà propriétaire » (2).

Il semblait que le débat était définitivement clos sur la nature des reprises et que dans l'opinion de M. Laurent lui-même, les époux étaient toujours créanciers, jamais propriétaires de leurs reprises. De sorte que pour repousser les conséquences d'une idée bien reconnue, on est obligé de brûler ce qu'on a adoré.

Je sais qu'on essaie d'échapper par un biais. C'est une tout autre question, dit-on, car chaque époux est copropriétaire *par indivis* de la *totalité* de la communauté ce qui est bien différent. — Très bien, mais alors il n'est propriétaire que pour moitié de chaque effet, et en bonne logique il faudrait décomposer l'opération, et reconnaître la dation en paiement pour

(1) Guillouard, II, n° 966.

(2). XXII, n° 539.

moitié (1). Mais puisque vous faites porter la propriété sur le tout, l'époux a de tout temps été propriétaire de l'objet de son prélèvement. En vertu de quel principe ? Il est impossible d'en admettre un autre que la rétroactivité du partage, et l'on voit qu'il faut bien en revenir alors à la théorie de la femme copartageante, si énergiquement repoussée par nos auteurs.

On invoque la jurisprudence de la Cour de Cassation. Mais si l'on s'en souvient, la question de la nature des reprises *entre époux* a été hésitante même après que la même question examinée dans les rapports des époux avec les créanciers ne laissait plus le moindre doute, et les Cours d'appel suivirent longtemps encore l'ancienne tradition.

Quand notre question fut portée pour la première fois devant la Cour de Cassation (2), le débat sur la nature des reprises entre époux n'avait pas dépassé la juridiction d'appel (3), aussi la Cour de Cassation juge-t-elle qu'il n'y a point dans le fait du prélèvement une dation en paiement, mais une opération de

(1) La Cour de Caen a su faire cette analyse (19 janvier 1832; Dalloz, Repert. v° *Contrat de mariage*, n° 2381) « Considérant « que si les reprises ou indemnités dues aux époux étaient prélevées « par eux à titre de créance et non à titre de propriété, il en « résulterait que quand, par exemple, elles auraient lieu au profit « du mari par prélèvement sur les acquêts immeubles, ce prélève- « ment qui ne constituerait qu'une espèce de *datio in solutum*, « resterait pour moitié grevé des hypothèques des créanciers « procédant du chef personnel de la femme, jusqu'à l'accomplisse- « ment des formalités de purge..... etc..... »

(2) Cass., 3 août 1858; S., 58, 1, 711; il n'y a pas moins de sept espèces jugées le même jour à la requête de l'enregistrement.

(3) Le 1^{er} arrêt sur cette matière est, on s'en souvient, du 1^{er} juin 1862 (déjà cité).

partage. C'était logique puisqu'elle admettait ce principe, dont l'examen ne lui avait pas été soumis spécialement que la femme était propriétaire au regard de son mari.

Plus tard la cour revient sur sa doctrine; la femme n'est ni une créancière, ni une propriétaire, l'opération n'est ni un partage, ni une dation en paiement, c'est tout cela et rien de tout cela. Qu'on lise plutôt :

« Attendu que préalablement au partage de la communauté, après acceptation de la femme, il est
« procédé à deux opérations qui ont pour but de faire
« rentrer à la masse tout ce que les époux peuvent
« lui devoir, et de les autoriser à prélever soient leurs
« biens personnels qui existeraient encore en nature,
« soient les récompenses ou indemnités qui en seraient
« la représentation ;

« Que ce prélèvement, de quelque manière qu'il
« s'exerce n'est *ni un partage* proprement dit, *ni une*
« *dation en paiement*, mais un règlement entre époux,
« une opération de communauté déclarative non trans-
« lative de propriété n'opérant aucune mutation de
« propriété, et dès lors, affranchie de la transcription
« obligatoirement prescrite par la loi du 23 mars
« 1855..... »

Voilà un nouveau mode d'acquérir, inconnu jusqu'ici, que ce titre qui est un partage sans en être un, qui fait acquérir une propriété privative sur un bien sans en opérer mutation; car de deux choses l'une, ou bien l'on fera remonter la rétroactivité de l'effet déclaratif au jour de l'acquisition du bien par la communauté, et alors la femme ayant été seule propriétaire

du bien durant la communauté le mari n'a pu le gréver de droits réels, proposition dont l'absurdité est évidente; ou bien cet effet rétroactif s'arrête au jour de la dissolution de la communauté, et alors il y aura eu deux translations de propriété, l'une lors de l'entrée du bien en communauté, l'autre au jour de sa dissolution par le passage de ce bien dans le patrimoine de l'époux. La Cour de Cassation, en essayant de concilier des propositions aussi contradictoires, a fait une merveille de subtilité, mais non de netteté. Il n'est pas besoin de relire deux fois son arrêt, pour juger de la peine qu'a dû donner sa rédaction à son auteur.

Le partage de la communauté, ajoute la Cour, est soumis à des règles particulières. — Avec cette explication on ne devrait plus s'étonner de rien. Mais en quoi consiste cette particularité? — En ce que la femme au lieu de faire vendre la communauté pour se payer sur le prix (comme c'est le droit de tout créancier) pourra se payer par un prélèvement en nature des biens de communauté. — Mais c'est un simple avantage attaché à sa qualité de femme commune, expliqué par l'intérêt d'affection qu'elle peut avoir pour des biens qui ont été la ressource ou l'ornement de la maison conjugale, qui sont peut-être, comme certains meubles, des souvenirs de son existence de jeune fille, qui lui proviennent de ses parents, et dont la vente publique n'aurait pas manqué de l'affliger. C'est aussi un procédé moins compliqué, qui évite les frais, les lenteurs et la défaveur d'une saisie et d'une vente aux enchères.

La vérité c'est donc que le prélèvement constitue une dation en paiement. A ceux auxquels imposent les arrêts de la Cour suprême, nous insinuerons de faire plutôt la psychologie des conseillers que la critique juridique de leur arrêt. Sept espèces étaient le même jour présentées à leur censure, à la requête de l'administration de l'Enregistrement. Or les conseillers, qui sont des contribuables, ne sont guère suspects de fiscalité. La cour a sans doute considéré qu'il y aurait quelque rigueur à faire payer une seconde fois lors de la dissolution de la communauté un droit de mutation qui a été acquitté lors de l'entrée de l'immeuble dans la masse commune; c'est là un résultat fort appréciable, désirable même, diront ceux que la passion de la fiscalité n'aveugle pas, mais on n'arrive à de pareilles conséquences qu'en faussant les principes. La conclusion devient pratique, non juridique (1).

Aussi voit-on le rédacteur des Codes annotés de Dalloz écrire que si la femme est créancière de ses reprises vis-à-vis des créanciers et de son mari, vis-à-vis du *fisc* elle est copartageante. C'est arbitraire, mais au moins c'est franc (2).

Quand la femme renonce ou exerce ses reprises subsidiairement sur les biens de son mari, on est d'accord pour reconnaître à l'opération le caractère

(1) Troplong, *De la Transcription*, n° 62, — contra, Aubry et Rau, V., § 511, texte et note 32, p. 365; Mourlon, *De la Transcription*, n° 47; Flandin, *De la Transcription*, I, n° 294; Laurent, *loc. cit.*

(2) Dalloz, *C. civ. ann.*, art. 1471, n° 39.

d'une dation en paiement. Cela va de soi, car en ce cas personne ne saurait méconnaître que les biens de communauté n'ont jamais appartenu qu'au mari (1).

SECTION II

Récompenses dues par le mari

Les causes de récompenses entre époux sont de beaucoup moins nombreuses que celles des récompenses contre la communauté. La raison en est simple, c'est que la communauté est un intermédiaire auquel recourent les époux toutes les fois qu'ils ont besoin d'argent et avec lequel ils règlent leur compte lors de la dissolution de la société conjugale ; les rapports directs entre époux sont moins fréquents. Les époux en effet n'ont guère de fonds disponibles, il n'en ont même pas sous le régime de la communauté légale, puisque les deniers tombent dans la communauté. Il y a un autre motif qui restreint encore le nombre de ces récompenses, c'est que quant aux dettes que les époux pouvaient avoir l'un contre l'autre avant le mariage, elles se sont absorbées dans l'actif de la

(1) Cass., 3 fév. 1835, S., 35, 1, 283; Cass., 9 fév. 1870, S., 70, 1, 299; Troplong, III, n° 1708; Rodière et Pont, III, n° 1517; Aubry et Rau, V., S. 511; texte et note 14, p. 338; Laurent, XXII, n° 542; Guillaud, II, n° 972.

communauté, sans laisser de traces. Néanmoins il n'est pas impossible, comme nous allons le voir, ou bien que ces dettes antérieures au mariage survivent à sa célébration, ou bien que les époux contractent directement l'un envers l'autre (1).

§ 1. — *Origine des récompenses*

Il est difficile de présenter une théorie bien complète de l'origine des récompenses entre époux. Tout au plus peut-on indiquer certains exemples ou certaines hypothèses. On peut cependant distinguer deux groupes de récompenses : Les unes provenant d'une cause antérieure au mariage, les autres de causes nées pendant le mariage.

Dans le premier cas, il s'agit de dettes antérieures au mariage, qui ne peuvent donner lieu à récompense, qu'autant qu'elles ont été exclues de la communauté par le contrat. L'exemple en est fourni par Pothier :
 « Lorsque l'un des époux dès avant le mariage était
 « créancier de l'autre conjoint d'une somme d'argent et
 « que cette dette a été exclue de la communauté, tant
 « de la part du conjoint créancier, par une clause de
 « réalisation de son mobilier, que de la part du con-

(1) Cette dernière hypothèse devait être fréquente avant la loi du 22 juillet 1867 abolitive de la contrainte par corps. La communauté se trouvant trop pauvre pour éviter au conjoint les rigueurs de cette procédure, il dut arriver plus d'une fois à l'un des époux de sacrifier son bien à la délivrance de son conjoint ; il y avait lieu évidemment à récompense.

« joint débiteur, par une convention de séparation
« de dettes, le conjoint continue d'avoir sa créance
« lors de la dissolution de la communauté, non contre
« la communauté, mais contre l'autre conjoint qui en
« est débiteur (1) »

Les récompenses nées durant le mariage sont elles-mêmes de diverses sortes, mais on peut dire d'une manière générale, qu'il y aura récompense toutes les fois qu'un époux aura tiré un profit personnel des biens de l'autre époux. Citons quelques exemples ;

Un époux a donné un immeuble propre en paiement de la dette de son conjoint, il aura évidemment droit à une récompense.

Il en serait de même si, au lieu de donner cet immeuble, il l'avait vendu puis en avait délégué le prix ; de même encore si avec le prix il avait payé le créancier de son conjoint, mais à la condition, bien entendu, que le prix n'ait pas passé par la caisse de la communauté, en ce cas c'est la communauté qui devrait la récompense, sauf à se faire rembourser par l'époux dont elle a désintéressé le créancier (2). L'intérêt pratique est considérable, car les récompenses ne s'exercent pas de la même façon contre les époux ou contre la communauté.

La vente entre époux — ou plus exactement la dation en paiement — prévue par l'article 1595 est permise dans trois cas. Ce sont de nouvelles occasions de récompenses. Si l'époux donne à son conjoint en

(1) *De la Communauté*, n° 677.

(2) Laurent, XXII, n° 544.

paiement de sa dette un immeuble valant davantage, il y aura récompense pour la différence.

L'article 1438 (C. civ.) prévoit encore la constitution de dot par les époux à un enfant commun. Ils sont censés à défaut de stipulation expresse doter chacun pour moitié. Si la constitution a lieu en biens de communauté, l'opération est complète, mais si la dot est fournie en biens personnels à l'un des époux, celui qui l'aura fournie aura récompense contre l'autre pour la moitié (1).

Supposons maintenant un enfant du premier lit. Il doit être doté par l'époux dont il est l'enfant, s'il est doté par l'autre, récompense encore pour l'intégralité de la dot.

Dette personnelle encore donnant lieu à récompense lorsque le mari garantit la vente d'un propre faite par sa femme, et qu'il se trouve obligé de payer sur ses biens des dommages-intérêts à l'acheteur évincé, l'article 1432 l'exprime formellement. De même dans l'hypothèse où ce serait la femme qui aurait garanti la vente d'un propre du mari. La disposition citée est en effet de droit commun.

Un époux a fait une donation à son conjoint, cette donation ne peut être poursuivie, dit l'article 1480, que sur la part de l'époux donateur dans la communauté, ou sur ses biens personnels, c'est donc une dette personnelle, c'est-à-dire une récompense.

Aux termes de l'article 1481 le deuil de la femme est

(1) Rennes, 22 nov. 1848, D. P., 51, 2, 151.

aux frais des héritiers du mari. C'est reconnaître à cette dette un caractère tout personnel.

On pourrait multiplier ces exemples à l'infini. Les cas où un époux pourra tirer un profit personnel de la fortune de son conjoint peuvent être innombrables, il serait puéril de prétendre les régler tous *à priori*, d'autant mieux qu'ils présentent presque toujours à résoudre une question de fait préalable. Citons encore cependant pour les joindre aux autres, toutes les reprises que la femme n'aurait pas pu exercer contre la communauté, car elle conserve en ce cas un recours contre son mari (art. 1472 2°) et c'est une dette personnelle de celui-ci.

Certains auteurs se sont demandés si la femme aurait récompense contre son mari au cas d'acceptation imprudente de succession par lui.

M. Troplong (1) y répond affirmativement lorsque le mari a, sans faire inventaire, accepté une succession mobilière onéreuse. Cela parce que l'article 1415 l'obligeant à faire inventorier les effets de la succession, il a commis une faute en négligeant cette formalité.

A notre sens la question est mal posée, à un double point de vue. Est-ce bien d'abord d'une récompense à la femme qu'il peut s'agir? Qui paie les dettes des successions mobilières échues aux époux? — La communauté. C'est donc la communauté qui a subi le préjudice, s'il y a récompense c'est envers elle. — La communauté appauvrie, dit-on, c'est la part de la femme diminuée. — Nous ne le nions pas, mais il n'y a

(1) II, n° 788.

pas là de cause de récompense à la femme contre son mari, la question ne peut être que de savoir s'il devra récompense à la communauté.

La seconde erreur de M. Troplong est de trouver dans cette acceptation imprudente une cause de récompense même envers la communauté. Il invoque l'article 1415, qui n'a rien à voir à la question puisqu'il prévoit le cas d'une succession mixte, et il oublie que le principe des récompenses dues à la communauté suppose un profit personnel réalisé par celui qui la doit. Où a-t-il vu cet enrichissement et cet appauvrissement corrélatifs ? (1) Mais c'en est assez sur une question qui ne concerne pas notre étude.

Faudra-t-il pour qu'il y ait récompense de conjoint à conjoint que le débiteur ait profité de l'appauvrissement du créancier, ou bien, sera-t-il tenu même en dehors de tout enrichissement ? C'est se demander si les règles des récompenses à la communauté sont applicables à notre section.

Non, car il n'y a entre époux que des rapports de créancier à débiteur, de prêteur à emprunteur, or l'emprunteur peut-il subordonner le remboursement des deniers reçus au profit qu'il en a tiré. Il suffit qu'il les ait reçus. En matière de récompense à la communauté, si l'on va au fond des choses, on peut voir que c'est bien aussi ce qui se passe, car la communauté est tenue sitôt qu'elle a touché les espèces. De même ici.

(1) Coulon, *Questions de droit civil*, Q. 31, p. 117 et s.

§ 2. — *Calcul et nature de la récompense*

Il est facile de déterminer le montant de la récompense. Pour les dettes d'époux à époux, antérieures au mariage, la question est résolue par le contrat. Pour les autres, la récompense sera du montant total des deniers déboursés, ou de la valeur du bien donné en paiement, cette valeur étant appréciée au moment de l'opération, car elle est la représentation adéquate de la perte subie par l'époux, et entre créanciers et débiteurs l'obligation de restituer se mesure à la valeur fournie, sauf convention contraire.

Il n'y a donc plus à s'inquiéter de la question de savoir si le profit du créancier est plus ou moins considérable que l'appauvrissement du débiteur.

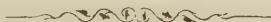
Nous retrouvons ici la même question que précédemment. Les époux pourraient-ils s'opposer mutuellement les causes de compensation nées de créances réciproques ? Oui, il y a les mêmes raisons de décider ; les époux sont l'un vis-à-vis de l'autre des créanciers ordinaires soumis au droit commun.

Sur la nature de la récompense, il ne saurait y avoir de doute, c'est un droit de créance. Personne d'ailleurs ne le conteste. La femme n'a aucun privilège pour le recouvrement de ses reprises, sauf l'exercice de son hypothèque légale dont nous nous occuperons en son lieu.



DEUXIÈME PARTIE

RECOUVREMENT DES REPRISES



CHAPITRE I

REPRISE DES BIENS PERSONNELS ENCORE EXISTANTS

En supposant déterminés les propres de la femme, nous allons maintenant nous occuper de l'action par laquelle elle rentrera en possession de ses biens.

§ 1. *A quel moment l'action peut-elle être intentée ?*

Nous avons souvent dit (1) que la femme dont le bien a été conservé peut le reprendre en nature à la

(1) *Supra*, p. 114 et suiv.

dissolution de la communauté. On ne comprendrait pas qu'elle agît avant cette époque, car on ne voit pas ce qu'elle pourrait réclamer. Elle est propriétaire, et on ne conteste pas sa propriété; la communauté a la possession et la jouissance, dont on ne peut la dépouiller, son action serait donc sans but.

Tant que dure la communauté, et tant que la communauté possède, la femme ne saurait donc agir. Mais si la communauté vient à se dessaisir de cette possession, l'intérêt de la femme peut naître, et avec lui l'action. Tel est le cas où le bien a été vendu par le mari sans le consentement de la femme. Alors en effet la femme peut avoir juste sujet de craindre les dégradations que causerait à l'immeuble le tiers détenteur. Elle peut craindre aussi que son mari ait négligé de conserver le privilège du vendeur, et que l'acquéreur soit devenu insolvable, car alors, en présence d'une communauté insuffisante et d'un mari également insolvable, elle ne recouvrerait ni l'immeuble ni le prix (1). Il peut donc y avoir urgence pour elle à agir sans attendre la dissolution de la communauté. Le pourra-t-elle? La question est controversée.

Pour obliger la femme à attendre la dissolution du mariage on produit les arguments suivants :

1° L'article 2256; 2° qui suspend la prescription en faveur de la femme, lorsque son propre a été vendu par le mari. Ce texte, dit-on, ne se comprend que si l'action de la femme est paralysée durant le mariage.

(1) Pascaud, *Revue critique de législ. et de jur.sp.*, 1886, p. 190.

2° Les droits de la femme ne se fixent qu'à la dissolution de la communauté, or c'est à ce moment seulement que l'on saura si la femme sera tenue des engagements de son mari, par suite de son acceptation, il faut donc suspendre l'ouverture de l'action jusqu'à cette époque.

Aucune de ces raisons ne nous satisfait.

A la première nous répondrons qu'il n'y a pas corrélation absolue entre la suspension de la prescription et l'ajournement de l'action. Les motifs de l'article 2256, on les comprend. Comme le dit M. Troplong, le mari essayerait le contre-coup de l'action de la femme, car « à vrai dire, le procès s'engagerait entre la femme et son mari obligé de défendre la cause de l'acquéreur, et les tribunaux retentiraient de la voix de deux époux donnant l'exemple de la discorde ! Or si la femme redoutant d'appeler sur la tête de son mari, et cette lutte scandaleuse, et cette responsabilité grave, garde le silence pendant le mariage, pourra-t-on lui en faire un reproche ? » (1). Non assurément, aussi nous associons-nous à ces considérations d'un ordre très élevé et très philosophique ; nous voulons y voir les motifs éloquemment déduits de l'article 2256. Quand il demande si « dans tous les cas la réserve de la femme n'est pas plus digne d'approbation que de blâme ? » nous désirons avec lui qu'elle garde cette réserve. Mais tout cela prouve-t-il que la femme, dont l'action ferait scandale, ne

(1) Prescription, I, n° 769, p. 331.

pourrait pas exercer son action? *Contra non valentem agere non currit prescriptio*, dit M. Troplong. C'est ici que sa doctrine dépasse le but. Si sa maxime n'a la valeur que d'une figure de rhétorique nous l'admettons bien, mais s'il veut lui donner une traduction littérale nous résistons. La suspension de prescription dans l'idée du législateur a eu pour but d'éviter le scandale, en n'obligeant pas la femme à lutter contre son mari, mais il n'a pas défendu la lutte. Cette pensée a été très bien dégagée par la Cour de Rennes qui a pu dire « que cette suspension de prescription admise dans l'intérêt de la femme par des motifs graves, ne saurait, sans en faire retourner contre elle le bénéfice, la rendre non recevable à intenter son action pendant le mariage, en l'exposant ainsi à perdre tout ou partie de sa chose par le fait d'un acquéreur insolvable;... » (1). M. Laurent après avoir formulé cette même idée avec sa concision habituelle remarque : « Que la prescription ne court jamais contre les mineurs; est-ce à dire que le tuteur ne puisse et ne doive agir pour poursuivre les droits du mineur? » (2). La loi a voulu, nous en convenons, rendre moins pressant l'intérêt de la femme, en la mettant à l'abri de la prescription, et elle a pensé que là surtout était le péril. Mais quand surgit un autre danger, quand la femme a un juste sujet de craindre que la protection de la loi soit inefficace, quand en un mot, elle a intérêt à

(1) 14 juin 1844, D. Repert. V^e *Prescrip. civ.*, n^o 731; Gand, 8 juin 1838; Guillouard, II, n^o 810; en sens contraire, Bastia, 6 mai 1853, D. P. 56, 2, 303.

(2) XXII, n^o 158.

agir immédiatement, on ne pourra pas retourner contre elle une mesure qui n'a eu pour but que de la protéger.

La réponse au second argument n'est pas moins facile. Les droits de la femme, dit-on, ne seront fixés qu'au jour de la dissolution de la communauté et sont subordonnés au parti qu'elle prendra. Conséquence : si elle accepte, pas de revendication ; si elle renonce, elle revendiquera utilement. Nous ne revenons pas sur cette controverse que nous avons développée ailleurs. Nous avons adopté l'opinion que dans tous les cas, soit qu'elle accepte, soit qu'elle renonce, la femme pourra revendiquer (1). Dès lors aucun obstacle à ce qu'elle agisse même durant le mariage.

En faisant même à l'opinion adverse cette suprême concession que les droits de la femme seront indécis jusqu'au jour où elle prendra parti, l'objection n'aurait rien de topique ; un propriétaire sous condition résolutoire, ne pourrait-il pas revendiquer avant l'avènement de cette condition ?

Pour nous on sait ce que nous avons admis. L'obligation de la femme, si elle accepte, c'est de participer aux dommages-intérêts et à la restitution du prix. Que la femme revendique donc, et lorsque viendra la dissolution de la communauté, elle examinera avant de prendre parti si l'actif de communauté l'indemnise suffisamment de cette obligation.

M. Troplong (2) objecte l'inutilité pour la femme d'agir durant le mariage : la femme en effet n'a point

(1) *Supra* p. 116 et s.

(2) I, n° 988, p. 302.

droit aux fruits de ses biens, puisqu'ils tombent en communauté, à quoi bon alors revendiquer avant le jour où elle pourra prendre possession de ses propres. Cet argument prouve trop. Il faudrait dire alors qu'un nu-propriétaire ne pourrait jamais revendiquer avant la mort de l'usufruitier, car son action ne lui profiterait pas (1). Il faudrait donc qu'il laisse dégrader son fonds par le tiers détenteur parce que l'usufruitier se tient coi ! Le mari, ajoute-t-on encore, est censé avoir vendu son droit aux fruits, et la femme ne peut critiquer cette aliénation. — Aussi n'est-ce pas elle qu'elle critiquera. Elle devra respecter les baux et la cession des fruits que le mari aurait faite ; d'ailleurs ce ne sont pas eux qu'elle réclame, mais la nue-propriété dont on la dépouille, et comme le dit fort justement M. Appleton, commentant un arrêt de la Cour de Chambéry (2) « Le droit d'un nu-propriétaire est manifestement lésé, quand un tiers possède son bien *animo domini*, c'est-à-dire en s'en prétendant propriétaire lui-même. Voilà l'intérêt juridique requis pour la recevabilité d'une action. Quant à l'utilité pratique c'est au nu-propriétaire seul qu'il appartient de juger s'il a quelque avantage à obtenir dès à présent la proclamation de son droit, sauf à rentrer dans sa possession plus tard. »

Cependant, même parmi ceux qui adoptent les arguments que nous venons de présenter, il y a encore dissidence ; les uns voulant que la revendication ne

(1) Laurent, XXII, n° 158.

(2) Note sous Chambéry, 6 mai 1885 ; S., 87, 2, 177.

puisse s'exercer qu'avec l'autorisation du mari (1), les autres l'admettant même avec l'autorisation de justice.

Nous sommes de la seconde opinion. Qui ne voit en effet qu'exiger l'autorisation c'est rendre le droit de la femme illusoire ! Il est bien vraisemblable que le mari ne la donnera jamais à cause du recours qui s'exercerait contre lui, et M. Laurent a raison de dire que cette distinction est arbitraire (2). Rien en effet ne la justifie dans les textes. L'ancien droit qu'on invoque (3) est trop confus, et les auteurs qui ont traité la question sont trop divisés pour faire quelque autorité. Quant au motif de sentiment que ce serait aux dépens de la bonne harmonie du ménage que la femme se passerait du consentement de son mari, en morale il a sa valeur, il est nul en droit.

Veut-on savoir d'ailleurs où mènent ces belles raisons de sentiment ? Écoutons la Cour de Chambéry : « Attendu que si la femme commune estime sa
« fortune personnelle mise en péril par l'administration
« de son mari ou par les aliénations qu'il a faites
« de ses biens propres sans son préalable consentement,
« elle n'a d'autre action légale, pour sauvegarder
« ses intérêts, que de provoquer la dissolution de
« la communauté, en *demandant sa séparation de biens*,
« pour procéder ensuite à une liquidation au cours

(1) Aubry et Rau, V, § 510, texte et notes 25 et 26, p. 3483-49 ; Rodière et Pont, II, n° 913 ; Guillouard, II, nos 810, 811.

(2) XXII, n° 158.

(3) Rodière et Pont, *loc. et op. cit.*

« de laquelle elle pourra discuter contre qui de droit, « les ventes faites sans son consentement (1);..... » Conclusion : pour maintenir l'harmonie dans le ménage on détruira la communauté. Tout commentaire serait superflu.

Au cas où le mari ne se serait pas porté fort de la ratification de la femme, il n'y aurait pas de contestation. N'ayant rien garanti, la femme ne serait pas davantage tenue de garantir. Donc sans hésitation il faudrait permettre la revendication pendant la communauté. Tout le monde est de cet avis (2).

§ 2. — *Qui peut intenter l'action ?*

L'action en revendication compète au propriétaire. C'est donc la femme qui seule pourra l'exercer. Cela va de soi quand sa revendication ne s'exerce qu'après la dissolution de la communauté, contre les héritiers de son mari. De même encore si à la même époque elle agissait contre les tiers détenteurs.

Mais son mari durant le mariage ne pourrait-il pas être admis à revendiquer contre les tiers ? Nous ne voyons pas à quel titre. Car d'une part, il doit garantie,

(1) 6 mai 1885, déjà cité.

(2) Aubry et Rau, V, § 510, texte et note 24, p. 347 ; Colmet de Santerre, VI, n° 71 *bis*, XI ; Laurent, XXII, n° 157 ; Guillouard, II, n° 803 ; Appleton, note sous Chambéry, déjà cité.

donc il ne peut évincer; d'autre part les actions immobilières appartiennent à la femme, sous réserve de l'autorisation maritale.

Les créanciers de la femme pourraient-ils exercer en son nom le droit qu'elle négligerait de faire valoir?

Il est d'abord certain que si la femme avait frauduleusement concerté avec son mari la vente du gage des créanciers, ceux-ci pourraient, par l'article 1167, faire rentrer ce bien dans le patrimoine de la femme. A défaut de ce moyen, on ne voit pas pourquoi ils ne pourraient pas user de l'article 1166 pour revendiquer au nom de leur débiteur le bien soustrait à leur garantie. Il ne s'agit pas d'un droit attaché à la personne, donc aucun obstacle à l'action des créanciers. On pourrait peut-être objecter que la loi ne force nullement la femme à exercer cette revendication, que si elle attend la dissolution de la communauté elle pourra, si elle le préfère, exercer une reprise de la valeur de son bien. La réponse est simple: A-t-on vu que jamais un propriétaire soit obligé d'user de ses droits? Cependant s'il néglige de le faire, au préjudice de ses créanciers, ceux-là substitueront leur volonté à la sienne.

§ 3. *A quelles conditions peut s'exercer l'action?*

La première condition pour que le demandeur triomphe, est d'abord qu'il ait un droit, c'est-à-dire qu'il s'agisse de propres. Mais comme il ne suffit pas à un droit d'exister pour être poursuivi en justice, qu'il

faut encore le prouver, la deuxième condition sera celle de la preuve. C'est la seule dont nous nous occupons.

A. — Immeubles. S'il s'agit d'immeubles l'article 1402 répond à notre question : « Tout immeuble est « *réputé acquêt de communauté*, s'il n'est prouvé que « l'un des époux en avait la propriété ou possession « légale antérieure au contrat de mariage, ou qu'il lui « est échû à titre de succession ou donation. »

La présomption est donc que l'immeuble est *conquêt*. Pourquoi ? Par application de la règle ordinaire : *actori incumbit probatio*. La communauté possède, or le possesseur est présumé propriétaire, si donc vous contestez la probabilité de la présomption, renversez-la par une preuve.

C'est le droit commun (1). Les difficultés seront d'ailleurs assez rares, car s'il s'agit d'un immeuble acquis durant le mariage, il sera généralement commun, et s'il est propre, venant de succession ou donation, la preuve en sera facile; de même s'il a été acquis en remploi. Si au contraire l'immeuble était possédé par l'époux avant le mariage, il sera presque toujours sa propriété, à moins qu'il n'ait été dérogé aux règles de la communauté, on en trouvera aisément la preuve dans le contrat de mariage.

Cette présomption, on le comprend, n'est pas absolue et devra tomber devant la preuve contraire. Quelle preuve, et par quels moyens ?

(1) Troplong, I, n° 489, p. 191.

Selon une première opinion tous les modes de preuve seraient admissibles. Elle se fonde sur l'autorité de Pothier et sur la difficulté pour les époux de se procurer une preuve écrite (1). « Cette justification, dit Pothier (que l'immeuble est propre), peut se faire non seulement par titres, mais, à défaut de titres, par la preuve testimoniale » (2).

La proposition de Pothier ainsi entendue serait trop absolue. Elle est vraie en ce qui concerne la possession des immeubles antérieure au mariage, car rien ne s'oppose à la preuve testimoniale de faits de possession (3). Mais quant aux immeubles acquis depuis le mariage, il est inadmissible que l'on puisse prouver par témoins une donation ou une succession. Examinons le texte; que dit l'article 1402? « Tout immeuble est réputé acquêt, *s'il n'est prouvé.....* ». Prouvé, d'après les moyens ordinaires évidemment; puisque notre article n'établit aucune dérogation au droit commun, c'est qu'il faut le suivre, et alors c'est à l'article 1341 qu'il faudra se référer. Or quelle est la règle ordinaire de la preuve? C'est qu'un fait matériel peut être prouvé par tous moyens, même par témoins, au contraire qu'un fait juridique ne peut, au-dessus d'un intérêt de 150 francs, être établi que par titre. Donc au-dessus de cette somme le tribunal devra rejeter la demande d'enquête.

(1) Guillouard, II, n° 564, p. 99.

(2) *De la communauté*, n° 203.

(3) Troplong, I, n° 535; Rodière et Pont, n° 516; Laurent, XXI, n° 293; Guillouard, II, n° 564; Liège, 5 juin 1839. D. Repert. V° *Cont. de mariage*, n° 765.

L'opinion de Pothier a-t-elle bien la portée qu'on veut lui donner? Citée en partie, sa formule paraît en effet singulièrement compréhensive, mais rapportée intégralement, il devient manifeste qu'elle n'a en vue qu'une espèce, celle de la possession antérieure au mariage: « Cette justification peut se faire, non seulement par titres, mais, à défaut de titres, par la seule preuve testimoniale. C'est pourquoi je pense que l'un des conjoints, ou ses héritiers, qui réclament un héritage comme propre, doivent être reçus à la preuve *qu'il le possédait avant le mariage*. »

Mais il n'y a là rien de contraire à ce que nous avons proposé. La possession admet la preuve testimoniale sans limitation. Aussi le reproche d'être trop absolu qu'adresse à Pothier, M. Laurent (1), nous paraît-il injuste, car l'hypothèse que nous venons d'examiner a été laissée de côté par Pothier.

Il va sans dire que la présomption de l'article 1402 reste en dehors du cas où un immeuble est acquis depuis la dissolution de la communauté. D'une part, en effet, les immeubles n'ont pas pu tomber dans une communauté dissoute, et d'autre part les termes de l'article 1402 défendent cette interprétation trop extensive (2).

Mais, du moment que la preuve par témoins sera admissible, il n'y aura inconvénient à permettre tous autres modes de preuve, autorisés en pareil cas, tels

(1) Laurent, XXI, n° 273 et 293.

(2) Cass., 14 fév. 1816, S. C. N. 1, 154; Dall., V° *Contrat de mar.*, n° 729; Troplong, I, n° 547; Rodière et Pont, n° 515; Laurent, XXI, n° 274; Guillouard, II, n° 565.

que présomptions (1), ou aveu des parties, et c'est avec raison que la jurisprudence, qui se montre assez facile sur la preuve en cette matière, a décidé qu'il suffit d'indications contenues dans un titre ancien et appuyées d'autres circonstances tendant à établir la qualité de propre (2) et, dans une autre espèce, qu'elle a considéré les aveux du mari après le décès de sa femme comme constituant une preuve suffisante, au profit des héritiers, que tel bien était un propre de la défunte (3).

Il ne faudrait pourtant pas exagérer cette tendance, si les preuves n'étaient pas complètes, la présomption doit être que l'immeuble est conquêt.

B. — Meubles. La présomption de l'article 1402 s'applique-t-elle aussi aux meubles ?

La raison de douter vient de ce que les présomptions ne s'étendent pas par voie d'analogie. Si la disposition du texte était dérogatoire au droit commun, nous hésiterions, *exceptiones sunt strictissime interpretationis*, mais comme notre article ne fait que l'application spéciale d'une règle plus générale, ici, aussi bien que pour les immeubles, à *fortiori* même, la possession fait présumer la propriété (4). Notre théorie trouve un point d'appui très solide dans l'article 1499,

(1) Art. 1353; Riom, 10 nov. 1851, S., 51, 2, 775.

(2) Rennes, 27 janv. 1813; Dall., V° *Cont. de mar.*, n° 724.

(3) Cass., 29 déc. 1836, S. 37, 1, 437; Dall., V° *Domicile*, n° 20; Laurent, XXI, n° 273; Guillouard, II, n° 565.

(4) Aubry et Rau, V, § 507, texte et note 31, p. 290; Laurent, XXI, n° 286.

aux termes duquel, « si le mobilier existant lors du mariage, ou échu depuis n'a pas été constaté par inventaire ou état en bonne forme *il est réputé acquêt.* » Qu'est-ce à dire, sinon que la même présomption pèse sur les meubles et sur les immeubles. Qu'on n'objecte pas que notre article est spécial à un régime modificatif de la communauté légale. Pour nous il a une portée générale, il aurait tout aussi bien pu figurer dans la première que dans la seconde partie du « *Contrat de mariage* », le Code ne l'a inséré à cette place que parce qu'il trouvera sous le régime de communauté réduite aux acquêts son application la plus fréquente. Sous celui de la communauté légale, en effet, tous les meubles possédés par un époux tombent en communauté, et ceux qui n'y entrent pas sont ceux advenus par donation ou testament, et que le gratifiant par disposition expresse, a exclus de la communauté. Dans ce cas il y aura titre.

Pour renverser la présomption qu'elle établit, la loi veut une possession antérieure au mariage. Quel devra être son caractère ? Elle doit être légale, dit le Code. Mais en quel sens ? Comme elle est destinée à faire présumer la propriété elle doit avoir nécessairement le caractère de toute possession qui aurait le même but. Telle est celle qui conduit à l'usucapion (art. 2229). Elle ne doit pas être précaire, mais peu importe qu'il y ait ou non juste titre, ou bonne foi, qu'elle soit ou non annale. Car le juste titre et la bonne foi n'intéres-

sent que la durée de la prescription, et l'annalité que l'exercice des actions possessoires (1).

Ce point établi, faut-il dire que les moyens de preuve seront aussi les mêmes pour les meubles que pour les immeubles. Oui, car le Code étant muet à cet égard c'est donc le droit commun qui régira la preuve de la propriété des meubles (2). C'est la conséquence logique des principes que nous avons posés pour les immeubles, on pourrait dire qu'ils s'appliquent aux meubles, même *a fortiori*.

§ 4. — *Contre qui l'action doit elle être intentée ?*

Nous devons distinguer suivant que cette action s'intentera à l'occasion de la liquidation de communauté ou en dehors de cette liquidation.

Dans le premier cas, qui se présentera lorsque l'immeuble aura été conservé, la femme n'aura à intenter son action que pour faire reconnaître la nature de propre au bien que son mari, ou les héritiers de son mari, veulent traiter en conquêt. Ce sera sous la forme de contredits à la liquidation et contre le mari ou ses héritiers que l'action s'intentera. Le caractère de l'action n'en subsistera pas moins, mais nous croyons

(1) Pothier, *De la communauté*, n° 157; Duranton, XIV, p. 235; Rodière et Pont, I, n° 524, p. 433.

(2) Laurent, XXI, n° 286, Guillouard, I, nos 404 et 405.

que le tribunal compétent sera le tribunal du lieu du partage, par la raison que sa compétence est générale, pour tout ce qui se rattache au partage, dont notre action n'est qu'un préliminaire, puisqu'elle tend à faire distraire de la masse partageable un bien que le mari prétend y maintenir.

Que si la femme agissait contre les tiers détenteurs au contraire, soit pendant la communauté, soit après sa dissolution, en supposant qu'elle y ait renoncé, l'action n'a plus rien de commun avec le partage, et les règles ordinaires doivent être suivies, c'est devant le tribunal de la situation de l'immeuble que devra se porter le différend.

De même, si la femme, toujours supposée renonçante, agissait contre son mari ou ses héritiers, mais après la communauté dissoute, le juge serait encore celui de la situation des biens, car il ne peut y avoir de partage entre une femme renonçante et son mari.

§ 5. — *Effets de l'action en reprise*

Les effets de la reprise en nature sont de mettre aux mains de la femme son bien dont elle reprendra l'usufruit, c'est, comme nous l'avons dit, une reprise de possession, car la propriété n'avait jamais cessé de lui appartenir.

En conséquence les droits réels, dont le mari aurait grevé les biens, doivent être considérés comme nuls et nonavenus. Cela est admis sans contestation pour

la femme renonçante ; quant à la femme acceptante nous avons dit qu'elle conservait le droit de faire révoquer les aliénations que son mari aurait consenties sur son bien ; il en doit être de même des autres droits réels. Cependant certains droits personnels, portant sur les propres doivent être respectés, tels sont les baux de neuf ans et au-dessous. Nouvelle preuve que les droits réels ne doivent pas subsister.

La femme reprendra donc l'administration de son bien et en percevra les fruits.

A qui appartiendront les fruits perçus pendant l'instance en liquidation et partage, lorsque la femme aura été obligée d'actionner son mari ou ses héritiers ? Les fruits doivent appartenir à la femme du jour de la dissolution de la communauté. C'est ce qui a lieu pour les intérêts des reprises en argent, il y a la même raison de décider. Il est vrai que le possesseur de bonne foi fait les fruits siens, et que la communauté dont la bonne foi serait appréciée dans la personne du mari pourrait en invoquant les règles ordinaires de la revendication prétendre les conserver. Mais la loi ayant réglé le mode de jouissance de la communauté, ne lui ayant attribué les fruits des propres que pendant sa durée, on ne doit pas l'étendre au-delà de cette limite.

Si les intérêts des reprises n'ont pas besoin d'être réclamés, c'est qu'on a considéré qu'il serait peu équitable, alors qu'un époux reprend la jouissance de ses propres, de faire perdre à l'autre l'intérêt du prix des siens. Donc les fruits ou intérêts passent de la commu-

nauté à l'époux du jour de la dissolution du mariage. Décider le contraire serait favoriser un calcul assez lucratif pour l'époux, dont la conscience ne répugnerait pas à y recourir. Il lui suffirait de contester la qualité de propres aux biens de son conjoint, pour maintenir pendant toute la durée de l'instance la communauté en jouissance des biens, et il partagerait avec son conjoint la moitié des fruits perçus, tandis que l'autre plus honnête, reconnaissant avec bonne foi les droits de celui qui le dépouille, ne partagerait pas la jouissance des biens de celui-ci.

Dans le cas où l'action de la femme viserait, non le mari ou les héritiers, mais des tiers acquéreurs, il faudrait appliquer les règles ordinaires de la revendication, d'après lesquelles le possesseur de bonne foi fait les fruits siens.

La femme pourrait-elle, si l'acquéreur était de mauvaise foi, répéter tous les fruits perçus par lui? Non, car le mari avait droit de vendre tous ceux que la communauté eût touchés, sa répétition ne pourra donc porter que sur les fruits perçus postérieurement à la communauté.

La femme dont l'immeuble a été indûment vendu peut le revendiquer, mais l'acquéreur ayant payé le prix sans cause, il est juste qu'il puisse le répéter. C'est la communauté qui le doit, c'est elle qui le paiera. Si la femme renonce, elle est hors de cause; si

elle accepte, elle prend en charge la moitié des obligations de la communauté.

On a cependant contesté cette solution si simple et si logique. M. de Folleville (1), n'admet pas que la femme soit tenue de rien rendre, pas même le prix, par la raison que ce serait entraver sa liberté d'action; elle n'oserait pas accepter la communauté de peur de se charger de dettes trop fortes, ou si elle tient à partager la communauté n'oserait pas revendiquer. C'est un argument de pur sentiment, qui n'a de valeur qu'à la condition d'être soutenu d'une raison plus juridique, or cette raison n'existe pas. Dans un pareil système on irait loin, car toutes les dettes du mari gênent la liberté d'action de la femme, il faudrait donc l'en exonérer!

Où la discussion devient plus vive, c'est lorsqu'il s'agit de savoir si la femme sera tenue des dommages-intérêts comme de la restitution du prix. Nous croyons que oui, car les dommages-intérêts sont une dette comme une autre que la femme prend pour son compte en acceptant. Pothier (2) ne l'admettait pourtant pas, et quelques auteurs ont suivi le grand jurisconsulte (3). L'obligation de payer des dommages-intérêts, c'est dit-on, l'obligation de garantie, or la femme n'en est pas tenue.

La confusion est manifeste, et ailleurs nous l'avons

(1) I, n° 345 *quater*.

(2) *De la Communauté*, n° 253.

(3) Merlin, *REPERT. v° Communauté*, § 111, n° 6; Glandaz, *ENCYCLOP. DE DROIT*, v° *Communauté*, nos 166 et 240; Appleton, *op. cit.* p. 5, et suiv.

fait ressortir (1). L'exception de garantie ne peut certes être opposée à l'action en revendication, en ce sens que la femme recouvrera son immeuble malgré cette exception ; mais l'acquéreur a droit à des dommages-intérêts. A qui les demandera-t-il ? Sera-ce à la femme ? Nullement, c'est à la communauté, et c'est dans la communauté que la femme trouvera cette obligation, libre à elle de ne pas la partager avec son mari, en renonçant. C'est à elle à se décider d'après l'inventaire.

Qu'on ne dise pas que c'est valider indirectement les abus du mari ; cela serait si la femme pour revendiquer devait renoncer, mais puisqu'elle le peut dans tous les cas, son action ne sera jamais paralysée ; et si elle craint un passif de communauté trop considérable, provint-il des abus les plus manifestes du mari, elle ne peut le critiquer.

§ 6. — *Garanties de l'action*

Pour assurer à la femme la restitution des biens que le mari aurait aliénés, le Code n'a pas voulu que par un moyen indirect on pût arriver au maintien des actes qu'il défendait. C'est ce qui explique l'article 2256, 2°. La prescription est suspendue pendant le mariage.

(1) *Supra*, p. 118 et suiv.

De même la possession trentenaire des propres par la communauté ne l'en rendrait pas propriétaire, car la prescription ne court pas entre époux; il n'est même pas besoin d'invoquer ce texte, puisque le caractère de précarité dont est entachée la possession de la communauté suffit à empêcher toute prescription.

En dépit des précautions de la loi, il se peut que l'action de la femme soit illusoire. Par exemple son bien a été détruit. Le remède est dans son droit à une indemnité si la perte provient du fait de l'acquéreur, et de plus dans une récompense contre la communauté du prix touché par elle. Les garanties de cette reprise seront étudiées plus tard.

§ 7. Causes d'extinction de l'action.

La plus naturelle consiste dans la prestation même de la chose due, c'est-à-dire dans la restitution à la femme de son bien; la seconde, non moins naturelle, dans la perte de l'objet de la reprise. Cela va de soi quand le propre est resté dans la communauté. Si un incendie le consume, la perte est évidemment pour le propriétaire.

Mais lorsque le propre passe aux mains de tiers détenteurs, à la charge de qui sont les risques? La réponse nous paraît facile.

La femme est restée propriétaire, or la règle, c'est que *res perit domino*, la chose ayant péri pour son

compte, elle ne saurait rien réclamer (1). Solution équitable, car — en supposant un cas fortuit — elle eût péri également entre ses mains. Qu'advient-il du prix touché par la communauté? Le partagera-t-elle avec son mari, ou bien fera-t-il l'objet d'une récompense. Il pourra être repris intégralement, car le fait par la femme de demander récompense du prix touché par la communauté constitue une ratification de la vente passée par le mari. En ce cas, on ne pourrait plus dire que la chose aurait péri pour la femme, elle aurait péri pour le tiers, toute action en indemnité contre celui-ci deviendrait donc impossible, quel parti qu'on adopte sur l'étendue de sa responsabilité.

Enfin l'action s'éteindra par la prescription, qui nous le savons ne commencera à courir que du jour de la dissolution de la communauté.



CHAPITRE II

RÉCOMPENSES OU INDEMNITÉS

Après avoir déterminé les causes de récompenses et leur montant, après avoir dit qu'elle est la nature

(1) Même en considérant le tiers comme débiteur d'un corps certain, il serait libéré en vertu de l'article 1302.

de ce droit, nous en avons terminé l'étude interne, si j'ose ainsi parler; il nous reste à voir maintenant comment se comporte ce droit mis en mouvement, c'est-à-dire comment s'exerce l'action en recouvrement des récompenses. La même distinction que précédemment s'impose, car l'action s'exercera différemment suivant qu'il s'agira de récompenses dues par la communauté ou de récompenses dues par le mari.

SECTION I

Récompenses dues par la communauté.

§ 1. *A quel moment l'action peut-elle être intentée?*

Le règlement des reprises est une opération de liquidation, il faut donc rationnellement que tous rapports de société aient cessé entre les époux, pour qu'on puisse y procéder. C'est dire que la dissolution de la communauté doit être survenue. Qu'importe d'ailleurs comment arrivera cette dissolution, que ce soit par le décès de l'un des conjoints, le divorce ou la séparation de corps ou même de biens.

On comprend qu'une liquidation intervenant avant la fin de la communauté serait prématurée, car il peut arriver qu'un époux d'abord créancier de reprises devienne ensuite débiteur de récompenses, et qu'il y ait lieu, comme nous l'avons vu, à compensation.

C'est ce que supposent aussi les textes : les articles 1470 et 1472, qui règlent la question des reprises de la femme acceptante sont placés sous la rubrique *Du partage de la communauté*, ce qui suppose la société conjugale dissoute, et l'article 1493 est placé dans la section VI, *De la renonciation à la communauté et de ses effets*, le tout venant après la section relative à la dissolution de la communauté.

Si le législateur ne s'en est pas expliqué formellement c'est qu'il a pensé que le bon sens, aussi bien que l'ordre suivi, ne pouvaient laisser de doute.

Il est donc bien certain que l'action en recouvrement des reprises ne pourra s'intenter avant la dissolution de la communauté. La femme ne pourrait-elle pas, sans attendre cette dissolution, prendre au moins des mesures conservatoires ? Evidemment si.

C'est ainsi que la loi réserve à la femme le droit de demander la séparation de biens si sa dot (c'est-à-dire son patrimoine personnel) est mise en péril ; et pendant cette instance elle peut être admise à prendre les mesures conservatoires nécessaires (art. 242) car la dissolution de la communauté étant probable et imminente, il est juste qu'elle puisse mettre ses droits à l'abri des entreprises du mari contre qui elle plaide.

Il y a mieux. Même en dehors de l'hypothèse d'une séparation de biens, on admet que la femme peut se faire colloquer pour son hypothèque légale dans un ordre ouvert sur les biens de son mari ou sur les conquêts. Il est de règle en effet, que les créances conditionnelles sont susceptibles de cette collocation, et les

créances de la femme sont de cette nature. La collocation ne sera bien entendu que provisoire, c'est-à-dire que les fonds dont elle fait l'objet seront consignés, ou bien si elle les touche immédiatement, elle devra donner caution pour en assurer remboursement au cas où lors de la dissolution de la communauté sa créance serait éteinte, ou même au cas où, bien que créancière, elle aurait perdu par un fait postérieur son hypothèque légale.

§ 2. *Qui peut intenter l'action en reprise ?*

C'est le créancier qui a qualité pour recouvrer sa créance, c'est donc la femme et non le mari qui peut intenter l'action en reprise, et ce sans autorisation du mari. Le mandat légal du mari est en effet expiré.

Si la femme était mineure pourrait-elle poursuivre elle-même le recouvrement de ses reprises ? Non, car il n'y a aucune raison de déroger au droit commun, la femme devrait donc être représentée, aussi bien que pour toute autre action en justice.

Ses créanciers pourraient-ils en son nom exercer l'action qui lui compète ? Oui, c'est l'article 1166 ; le droit de la femme n'a pas un caractère suffisamment personnel pour y faire déroger.

Cela se présentera lorsque la femme se sera obligée solidairement ou conjointement avec son mari, ou même toutes les fois qu'elle sera personnellement tenue soit d'une dette contractée pendant le mariage, soit d'une dette antérieure au mariage.

Mais les créanciers de la femme ne sauraient avoir de droits plus étendus que leur débiteur, et comme ils ne peuvent demander la séparation de biens, ils devront donc attendre la dissolution de la communauté, survenue naturellement, ou provoquée par les époux. Cependant, en vertu de l'article 1446, ils auraient le droit, au cas de faillite ou de déconfiture du mari, d'exercer jusqu'à concurrence de leur créance les droits et actions de leur débitrice. Cette exception, dit M. Guillouard, est aussi légitime que la règle : « L'état de faillite ou de déconfiture amène la réalisation du patrimoine du mari au profit de ses créanciers, on ne comprendrait donc pas alors que le droit des créanciers de la femme fût paralysé, non plus dans l'intérêt de la paix du mariage ou de l'honneur de la famille, mais dans l'intérêt des créanciers du mari » (1). On évitera ainsi les dangers d'une collusion frauduleuse entre la femme et le mari.

§ 3. *Conditions d'exercice de l'action. — Preuve.*

Nous avons vu plus haut que ce qui ouvrait le droit à une récompense c'était d'abord l'aliénation d'un propre, dont le prix aurait été versé dans la communauté. Mais comme pour agir en justice il faut en outre du droit, la preuve de ce droit, nous allons avoir

(1) III, n° 1102.

à examiner quelle preuve devront faire les époux, et auquel des deux elle incombera.

En ce qui concerne le mari, on est généralement d'accord pour lui imposer la preuve complète (1); mais il y a dissidence quant à celle que devra fournir la femme.

« En droit, dit M. Laurent, il n'y a pas de raison de faire de différence entre la femme demanderesse et le mari demandeur. Est-ce que la femme ne serait pas soumise à la règle de l'article 1315 ?... » (2).

Sur le principe nous sommes tout à fait de l'avis de M. Laurent, mais en analysant la preuve à fournir par le demandeur à l'action en récompense, nous voyons qu'elle est complexe. La récompense suppose en effet : 1^o la vente d'un propre, la preuve de l'apport est donc à faire; 2^o la perception du prix par la communauté.

Sur le premier élément les auteurs sont à peu près unanimes à reconnaître que la femme aussi bien que le mari devra faire la preuve de son apport, et par les mêmes moyens, sinon il y aurait un avantage par trop exorbitant pour elle à venir réclamer le prix d'un bien chimérique, ou même d'un bien qui aurait péri, en mettant à la charge de son mari la preuve de la non existence de ce bien lors du mariage, ou de la perte. On ne le pourrait qu'en considérant le mari comme débiteur d'un corps certain, et en lui faisant application de l'article 1302, or tel n'est pas le cas.

(1) Cassation, 13 août 1832. D., Report., V^o *Cont. de mar.*, n^o 1502.

(2) XXII, n^o 457.

La première condition sera donc de prouver l'apport. Comment la femme le fera-t-elle ? Elle pourra invoquer tous les actes authentiques ou sous-seing privé émanés du mari, voire même les déclarations insérées dans son testament, et cette reconnaissance ferait foi *erga omnes*, car l'aveu du débiteur est opposable à ses créanciers, à moins de fraude (1).

Le contrat de mariage portera souvent la preuve du droit de reprise, lorsqu'il renfermera la clause que le contrat de mariage vaudra quittance à la femme ou aux constituants de la dot. Ce contrat se suffira à lui-même ; en effet, il est authentique, et le mariage qui lui donne effet l'est également. Il est vrai que les faits peuvent contredire ces énonciations, mais le mari a agi en connaissance de cause, tant pis pour lui s'il a été imprudent. Il pourra d'ailleurs faire reconnaître par la femme ou le constituant que malgré les énonciations du contrat, la dot n'a pas été payée. Cette reconnaissance n'a rien de contraire au prescrit de l'article 1395, car le contrat de mariage n'énonce pas que la dot a été payée, on ne modifie donc pas les conventions matrimoniales (2).

Si au contraire le contrat mentionnait que les apports de la femme ne seraient livrés au mari qu'après le mariage et sur sa quittance, cette quittance serait nécessaire pour permettre l'exercice de la reprise (3).

(1) Arg. art. 1167.

(2) Bordeaux, 29 mars 1851 ; S., 51. 2. 519 ; Guillouard, II, n° 939.

(3) Guillouard, *loc. cit.*; Caen, 3 mai 1845 ; S., 45, 2, 536.

Cette preuve étant faite, il en faudra une seconde, la femme devra établir que le mari a perçu le prix de l'immeuble aliéné. Il n'y a en effet, comme le dit M. Laurent, aucune bonne raison pour en dispenser la femme : l'article 1315 ne distinguant pas.

On est cependant loin d'être d'accord. L'opinion que nous combattons avance que le mari est présumé avoir reçu le prix, lorsque ce prix était exigible, et par suite si c'est la femme qui l'a touché, le mari doit le prouver (1).

Nous répondrons que les présomptions doivent être écrites dans la loi, et nous ne connaissons pas de texte qui la renferme. Il faut donc en revenir au droit commun de l'article 1315. « Payer au mari, objecte M. Troplong, c'est payer à la communauté » (2). Cela est vrai, mais encore faut-il prouver que le mari a touché, et, suivant l'opinion adverse, il suffirait qu'il ait pu toucher, ou dû toucher. On fait une objection grave : c'est le mari qui a les titres dans les mains, lui seul pourra savoir à la dissolution de la communauté si le prix a été ou non perçu. La réfutation est aisée : que la femme s'adresse à l'acquéreur, s'il a payé il ne manquera pas de produire quittance, dans tous les cas elle sera renseignée.

Faut-il aller plus loin et obliger la femme à prouver

(1) Marcadé, V, n° II de l'art. 1433, p. 533 ; Rodière et Pont, II, n° 939, p. 224 ; Troplong, I, n° 1096, p. 330 ; Guillouard, II, n°s 890, 933 et suiv.

(2) *Loc. cit.*

que les deniers ont été réellement versés dans la communauté? Ce serait excessif et irrationnel.

Toutes les valeurs mobilières tombent dans la communauté. Sitôt que le mari a reçu le prix, ce prix est devenu bien commun, car il ne saurait appartenir plutôt au mari qu'à la femme. Il appartient donc à la communauté sauf la dette de récompense. C'est l'article 1401.

M. Laurent objecte que c'est en qualité d'administrateur des biens de sa femme que le mari touche le prix des immeubles aliénés, et qu'en conséquence il ne peut être présumé l'avoir versé dans la communauté. On y a justement répondu, en disant que ses deux qualités sont inséparables, et que ce qui est à sa disposition comme administrateur l'est aussi comme chef (1). Nous ajouterons que les deniers perçus par lui comme administrateur tomberaient en communauté, tout comme ceux perçus à un autre titre. La communauté en devient donc débitrice dans tous les cas, sans qu'il y ait à faire la preuve de ce versement.

La deuxième catégorie de récompense comprend les dettes payées par la femme dans l'intérêt de la communauté. L'analyse révèle deux questions à résoudre : 1° Le paiement d'une dette par la femme ; 2° l'intérêt de la communauté.

La preuve du premier fait est évidemment à la charge de la femme ; il lui sera facile de la fournir, car

(1) Guillouard, *loc. cit.*

elle a dû en payant retirer une quittance des mains du créancier.

Sur la preuve du second fait nous renvoyons à nos explications antérieures (1).

La cause des récompenses de la troisième catégorie consiste en une faute du mari. Il est bien évident que la femme devra prouver cette faute, car les fautes ne se présument pas.

La conséquence du défaut de preuve sera l'irrecevabilité de l'action de la femme. Est-elle la seule? Par exemple si la femme a agi de mauvaise foi, ne pourrait-elle pas être considérée comme ayant essayé de créer à son profit une reprise fictive, et par suite être frappée des peines de l'article 1477.

Cette question en suppose résolue une autre, controversée autrefois, mais sur laquelle la jurisprudence paraît se fixer (2). La création de dettes fictives constitue-t-elle un recel? On admet généralement l'affirmative, et non seulement lorsque la fraude a réussi, mais aussi lorsqu'elle a avorté. C'est dire que l'article 1477 est aussi bien applicable à la tentative qu'au délit consommé.

Ces principes étant reconnus, il n'y a aucune diffi-

(1) *Supra*, p. 165.

(2) Req., 5 août 1868, S., 69, 1, 24; Cass., 22 déc. 1874, S., 75, 1, 249; Req., 13 août 1873, D. P. 74, 1, 425; Dijon, 14 mai 1879, D. P., 80, 2, 138; Troplong, III, n° 1689; Rodière, note, S., 74, 1, 49; Laurent, XXIII, n° 23; Guillonard, III, n° 1337.

culté à appliquer les peines du recel à la création de reprises fictives. La reprise est une créance comme une autre; admise, elle appauvrit la communauté et par suite le conjoint. Il n'est nullement nécessaire de l'intervention d'un tiers comme créancier simulé. Du moment qu'un époux a tenté de mauvaise foi de s'enrichir aux dépens de son conjoint, il y a recel, et l'article 1477 lui devient applicable.

Mais il faut bien entendu que l'action soit *malicieuse*, c'es-à-dire, intentée de mauvaise foi, car s'il n'y avait eu que précipitation, on devrait exonérer la femme de la pénalité. C'est naturellement à celui qui l'allègue qu'incombera la preuve de la mauvaise foi, et elle sera fort difficile. Elle ne sera pourtant pas impossible. Par exemple lorsque des manœuvres frauduleuses, fausses quittances ou autres documents fictifs, auront servi à colorer la prétention du demandeur.

§ 4. *Contre qui doit être intentée l'action?*

Durant le mariage, la femme est, nous le savons déjà, impuissante à agir contre la communauté, son action n'est possible qu'après la dissolution de la communauté. Mais l'époque de sa liberté étant arrivée, à qui devra-t-elle s'adresser? A son mari ou à la communauté? La question a de l'intérêt au point de vue de la compétence.

Si la communauté était une personne morale, la

réponse serait simple, car le mari devrait être assigné dans tous les cas, mais non toujours en la même qualité. Assigné personnellement il ne serait tenu de répondre que devant le tribunal de son domicile; assigné comme gérant de la société dont il est le représentant, il devrait l'être devant le tribunal du lieu de cette dissolution. Mais, on sait que dans l'opinion communément admise, la communauté n'est qu'un patrlmoine, or l'on n'assigne pas des biens, mais une personne. Ce sera donc contre le mari, et contre le mari seul et personnellement désigné que la femme agira.

Trois hypothèses sont à considérer.

PREMIÈRE HYPOTHÈSE. — La femme renonce à la communauté.

La femme qui renonce n'a jamais été commune, elle n'a donc qu'un seul débiteur, son mari; s'agissant d'une action personnelle, c'est donc devant le tribunal de son domicile *actuel*, qu'elle devra l'assigner.

DEUXIÈME HYPOTHÈSE. — La femme a accepté la communauté.

A. — Si la femme agit après le partage consommé, la communauté a complètement disparu, il n'y a plus de patrimoine commun, les biens échus au mari sont devenus les siens, sans difficulté on doit admettre la même solution que précédemment.

B. — Si au contraire la femme agit durant la liqui-

dation, on sait comment se présentera alors la demande en reprises. C'est sous forme de contredits au projet élaboré par le notaire, or le tribunal compétent pour juger ces contredits est le même évidemment que celui qui doit prononcer l'homologation du travail définitif. Ce sera le tribunal du lieu de la dissolution de la communauté, c'est-à-dire celui du domicile du mari au moment de cette dissolution. C'est la règle en matière de succession, et l'article 1476 renvoie expressément pour les formes au partage de successions. Le tribunal sera donc en ce cas fixé invariablement.

Nous croyons qu'il en serait de même encore que la femme n'ait procédé à aucun inventaire, et qu'il n'intervienne aucune liquidation. L'article 1476 ne distingue pas entre les partages amiables et les partages judiciaires, or en matière de succession l'attribution de compétence est la même qu'il s'agisse de l'un ou de l'autre.

TROISIÈME HYPOTHÈSE. — La femme sans avoir pris parti est encore dans les délais d'inventaire.

Ici la femme n'a ni accepté ni renoncé, mais cette hypothèse se ramènera à l'une des précédentes. La qualité par elle attribuée au défendeur fera connaître la qualité qu'elle même entend prendre. Fait-elle porter son action sur les biens de son mari, qu'elle considère comme tenu personnellement, elle indique par là suffisamment qu'elle entend renoncer à la communauté, car les biens du mari ne sont tenus que subsidiairement du paiement des reprises, au contraire fait-elle porter son action sur les biens de commu-

nauté, et donne-t-elle à son mari la qualité de chef de cette communauté, c'est donc qu'elle accepte, car sans cette acceptation il ne saurait y avoir communauté.

Cette hypothèse ne se présentera guère. Car s'il doit être fait inventaire, prudemment la femme en attendra la confection avant d'agir, et s'il est convenu entre les époux qu'il n'en sera pas fait, c'est que son intention d'accepter ou de renoncer est déjà arrêtée dans sa pensée, et elle pourra immédiatement la manifester sans attendre l'expiration des délais (1).

§ 5. *Comment s'exercent les reprises. — Prélèvements.*

Les reprises étant un droit de créance, la règle qui, à défaut d'autres dispositions spéciales de la loi, devrait les régir, est celle de l'article 2092; la femme créancière en vertu d'un titre authentique, ou devenu tel par reconnaissance volontaire ou forcée, userait de la voie d'exécution parée pour obtenir paiement. Ce système aurait de nombreux inconvénients; il nécessiterait des frais et entraînerait des lenteurs, puis la vente aux enchères serait presque toujours une cause de dépréciation des biens, enfin, et surtout, troublerait profondément la paix qui doit présider au règlement de l'association conjugale. On peut ajouter que l'application

(1) Dalloz, Repert., V^e *Cont. de mar.*, n^o 2163, dit que le tribunal compétent pour statuer sur la demande en prorogation de délai formée par la femme est *en général* (?) celui du domicile du mari.

pure et simple du droit commun, qui met tous les créanciers sur le pied d'égalité, aurait eu pour résultat de faire supporter à la femme venant au marc le franc avec son mari l'insolvabilité de la communauté, et de mettre injustement à la charge de la femme les conséquences d'une administration qui n'est pas son fait. C'était plus qu'il n'en fallait pour faire écarter le droit commun.

Néanmoins on a voulu donner des règles spéciales aux reprises d'autres raisons; on a dit par exemple que la femme était à la fois copropriétaire et créancière, et qu'il fallait comme créancière l'autoriser à saisir les biens, comme copropriétaire lui permettre de choisir ceux qui sont à sa convenance (1). Mais, comme l'observe justement M. Laurent (2), il n'en est pourtant pas ainsi du copropriétaire de biens indivis qui serait en même temps créancier de la masse partageable, on ne l'autoriserait pas à choisir des biens pour se payer.

Il faut donc se contenter de notre explication, puisée dans la tradition que le Code a certainement suivie :
« Pour sa reprise, dit Bourjon, la femme et ses hé-
« tiers ont d'abord le choix sur tous les effets de la
« communauté, parce que tout ce qui la concerne est
« le fait du mari et qu'elle n'a été que la spectatrice,
« et spectatrice muette par état de l'administration
« totale de son mari » (3).

(1) Aubry et Rau, V. § 511, p. 362.

(2) XXII, n° 505. Cette explication ne se comprendrait guère dans le système qui admet la femme aux prélèvements à l'exclusion du mari, puisqu'aussi bien qu'elle il serait copropriétaire et créancier.

(3) *Droit commun de la France*, I, p. 530, n° vi et vii.

Et ailleurs parlant du mari : « C'est dans icelle (la communauté), que son propre fictif est fondu, et c'est à lui seul qu'on peut imputer s'il ne s'y trouve » (1).

Guy Coquille avait dit avant lui : « *Hoc enim nullo modo cadit in speciem donationis sed est bonæ fidei agnitio, quæ maxime abundare debet inter maxima amicitia conjunctos.* »

Ces raisons ont suffi au législateur de 1804 comme elles avaient suffi à nos auteurs coutumiers, et dans deux textes les articles 1471 et 1472 2^e alinéa, il a posé des principes spéciaux à la matière que nous énoncerons ainsi :

- 1^o La femme aura un droit de priorité sur son mari;
- 2^o Les reprises pourront s'exercer au moyen de prélèvements en nature, dans un ordre indiqué;
- 3^o La femme qui n'aura pas été intégralement remplie de ses reprises aura un recours subsidiaire contre son mari.

I. — Ainsi quand devront se liquider les récompenses la femme commencera par se faire payer les siennes. « Les prélèvements de la femme s'exercent avant ceux du mari ». Si elles absorbent tout l'actif, le mari supportera seul l'insolvabilité de la communauté, et c'est justice puisque cette insolvabilité est son œuvre; que s'il craignait l'exercice de l'action en reprise, il n'aurait qu'à respecter les propres de sa femme, elle les aurait repris en nature.

(1) *Communauté*, vi^e partie, ch. II, Sect. I.

Une première question va donc naître; avant de procéder au partage, et pour simplifier la liquidation pourrait-on compenser jusqu'à due concurrence les récompenses dont les deux époux sont créanciers?

On l'admet sans difficulté au cas où les récompenses sont dues par eux à la communauté; en principe on doit admettre la même solution dans l'hypothèse inverse. Toutefois une réserve s'impose. En effet la compensation met les deux époux sur le pied d'égalité, car les reprises sont censées s'être faites simultanément. Or nous savons que la femme a un droit de priorité pour l'exercice de son prélèvement, elle pourrait donc s'opposer à ce mode de liquidation s'il devait en quoi que ce soit réduire sa reprise; un exemple mettra en relief cette observation.

Supposons une femme créancière de 10.000, un mari créancier de 10.000, et un actif net de 10.000 en communauté. Si on compense les reprises, elles s'éteignent pour le tout, et la masse de la communauté restée de 10.000 va se partager, la femme recevra 5.000.

Au contraire si l'on suit à la lettre l'article 1471, la femme prélève d'abord ses reprises, soit 10.000, puis comme il ne reste rien en communauté pour payer le mari, il en supportera seul l'insolvabilité.

D'après le premier procédé elle a reçu 5.000, d'après le second moitié plus. Nous concluons que la femme ne sera obligée d'accepter ce mode de liquidation que lorsqu'il la laissera complètement indemne (1). Ce qui

(1) Cass. 16 avril 1862; D. P., 62, 1, 276; Caen 9 juillet 1889; D. P., 90, 1, 434; Laurent, XXII, n° 494; Guillouard, II n° 1019.

se présentera toutes les fois que la *somme des récompenses* dues aux époux ne dépassera pas l'actif de communauté, c'est-à-dire lorsque la communauté sera solvable (1).

(1) Cette formule d'une rigueur mathématique peut se vérifier algébriquement ;

Soient : a la reprise de la femme, b celle du mari, c le montant de l'actif de communauté.

Trois cas peuvent se présenter :

Ou bien la reprise de la femme est supérieure à celle du mari, et l'on a : $a > b$.

Ou bien elle lui est égale $a = b$

Ou bien elle lui est inférieure $a < b$.

PREMIER CAS : $a > b$.

La reprise de la femme a une valeur positive ; celle du mari, au contraire, s'annule par compensation.

Si l'on procède par voie de compensation, la part totale de la femme comprendra deux éléments :

1° Sa reprise compensée ($a - b$)

2° Sa part dans la communauté, c'est-à-dire la moitié de la communauté préalablement diminuée de sa reprise, soit :

$$\begin{aligned} & \frac{c - (a - b)}{2} \\ \text{au total : } & \frac{a - b + c - (a - b)}{2} = \frac{2a - 2b + c - a + b}{2} \\ & = \frac{a - b + c}{2} \end{aligned}$$

Or, pour que la femme soit indemne, c'est-à-dire qu'elle reçoive intégralement sa reprise, il faut que l'on ait

$$\frac{a - b + c}{2} \geq a$$

ou

$$c \geq a + b$$

C'est-à-dire que l'actif de communauté doit être au moins égal à la somme des récompenses.

DEUXIÈME CAS : $a = b$

La compensation fait disparaître alors les deux reprises, puisque $a - b = 0$.

Si la femme n'est obligée à supporter la liquidation des reprises par compensation, qu'à la condition qu'elle n'en éprouve aucun préjudice, cela tient à ce qu'il n'y a pas ici de cause de compensation légale au sens propre du mot, mais un procédé de liquidation plus simple, et par conséquent préférable s'il ne doit pas causer de préjudice à l'un des époux. C'est en ce sens,

La femme ne touchera donc que sa part de la communauté,
soit : $\frac{c}{2}$

Pour qu'elle soit intégralement remplie de sa reprise il faut que l'on ait :

$$\frac{c}{2} \geq a$$

ou :

$$c \geq 2a$$

comme $a = b$ on doit donc avoir : $c \geq a + b$.

TROISIÈME CAS :

$$a < b$$

Ici la reprise par compensation donnera $a - b$, c'est-à-dire une valeur négative, donc 0. Sa part ne comprendra donc que le second élément : la moitié de la communauté, diminuée préalablement de la reprise compensée du mari ($b - a$) valeur positive.

On posera donc pour la femme : $\frac{c - (b - a)}{2}$

Pour que la femme soit payée de sa reprise intégrale, il faut que l'on ait encore :

$$\frac{c - (b - a)}{2} \geq a$$

C'est-à-dire :

$$c \geq a + b.$$

Comme on le voit, la formule conditionnelle $c \geq a + b$ est générale ; elle suppose une communauté égale au moins à la somme des reprises, si elle était inférieure à l'une d'elle, notre proposition serait encore vraie, car si l'on a :

$$c < a$$

a fortiori on a :

$$c < a + b.$$

et en ce sens seulement que la Cour de Caen a eu raison d'observer « que les époux ne sont pas réciproquement créanciers l'un contre l'autre de leurs reprises, et indemnités ; que le mari ne peut même jamais l'être de la femme (art. 1472. C. civ.) que c'est envers la communauté seule qu'ils ont des droits sauf le recours subsidiaire de la femme sur la fortune du mari, en cas d'insolvabilité de la communauté ; qu'il ne peut donc pas y avoir matière à compensation entre eux, mais seulement d'eux à la communauté, ce qui est d'ailleurs la conséquence du système ci-dessus admis sur l'exercice des prélèvements (1). »

La femme ne pourrait cependant prélever ses reprises qu'après celles de son mari, si celui-ci après l'avoir instituée légataire de sa part dans la communauté était prédécédé, et qu'elle ait accepté sans faire inventaire. Bien plus elles pourraient être poursuivies sur la femme personnellement (2).

De même la femme pourrait renoncer par contrat de mariage à son droit de priorité, et le reconnaître à son mari contre elle, ce qui n'a rien d'extraordinaire si l'on admet avec nous qu'elle peut renoncer par le contrat à son action en reprise.

II. — Le deuxième principe qui préside au règlement

(1) Caen 19 janv. 1832 ; Dall. Rep. v° *Cont. de mar.*, nos 239 et 2381.

(2) Req. 24 mars 1828 ; S., 28, 1, 377 ; Voir cependant Douai 8 août 1864 ; S., 64, 1, 297 ; Rodière et Pont, II, n° 1077.

des récompenses est que le paiement s'en fera par voie de prélèvements.

« Ils (les prélèvements) s'exercent pour les biens
« qui n'existent plus en nature, d'abord sur l'argent
« comptant ensuite sur le mobilier et subsidiairement
« sur les immeubles de la communauté: dans ce
« dernier cas le choix des immeubles est déféré à la
« femme et à ses héritiers » (Art. 1471).

L'interprétation de ce texte est grosse de controverses.

La première question qui se pose est celle de savoir si notre article s'applique à toutes les catégories de récompenses ou seulement à une seule.

On a essayé de soutenir que la reprise du prix des propres donnait seule ouverture au prélèvement. L'article 1471 consacre, dit-on, une mesure exceptionnelle, qui doit par conséquent se restreindre au cas pour lequel elle est donnée, or notre article permet de se remplir en biens de communauté, *du prix des biens qui n'existent plus en nature*, cette voie est donc fermée pour la reprise des indemnités.

Pour nous c'est une erreur. En raison d'abord on ne saurait distinguer, car les reprises représentent toutes la réparation d'un préjudice subi par l'époux. Le texte lui-même quoi qu'on en dise est loin de restreindre son application à un cas particulier qu'il n'offre que comme un exemple.

Les articles 1470 et 1471 renferment l'ensemble de la théorie des récompenses contre la communauté. Or l'article 1470 commence par mettre sur la même ligne

tous les prélèvements, cela même au prix d'une absurdité, puisqu'il voit un prélèvement dans la reprise en nature des biens existants. Il reste néanmoins que le principe des prélèvements est déposé dans l'article 1470, et que ce texte ne distingue pas. L'article 1471 en règle ensuite l'exercice. Il semble il est vrai ne parler que du prix des biens aliénés, mais ne voit-on pas qu'il s'est simplement référé à la catégorie la plus commune, qui la première s'est présentée à l'esprit du législateur, sans pour cela exclure les autres. Nous n'entendons pas l'application du texte, nous l'interprétons.

La Cour de Lyon (1), selon M. Troplong (2) a jugé le contraire. Elle a admis qu'un époux ayant tiré de la communauté une somme d'argent pour son usage personnel, l'autre époux qui exerçait la récompense ne pourrait pas se payer par prélèvement. L'espèce n'est pas topique. Remarquons que quand un époux a tiré un profit des biens de communauté, ce n'est pas la communauté qui doit une récompense à son conjoint, mais lui qui en doit une à la communauté, et on comprend bien qu'il ne puisse s'agir de prélèvements. Qu'on ne dise pas que c'est la même chose, car la récompense étant payée par le débiteur, elle se partagera par moitié entre les époux comme la masse commune toute entière, tandis que l'époux devient propriétaire exclusif des récompenses qu'il exerce de son chef. M. Troplong analyse cette opération : « La commu-

(1) 3 mars 1841 ; S., 41, 2, 347.

(2) III, n° 1650 ; Massé et Vergé IV, p. 119.

« nautén'est pas débitrice ; elle est créancière : l'époux
« qui réclame n'exerce pas un droit de reprise sur la
« communauté ; c'est du droit de la communauté qu'il
« excipe contre son autre conjoint » quel argument
tout cela fournit-il à son système ?

Bien plus concluant est l'arrêt de la Cour d'Orléans qui décide que la récompense due à une femme commune, qui s'est obligée solidairement avec son mari dans l'intérêt de la communauté, s'exercera comme le veut l'article 1471. On faisait cette objection que la femme n'a rien versé dans la communauté ; la réponse est simple. Celui qui oblige sa personne oblige ses biens (art. 2092) et s'expose à leur aliénation. En fait la communauté gagne ce qu'elle ne débourse pas. C'est comme si la femme lui avait remis les deniers pour désintéresser le créancier. La Cour ajoute que l'esprit de la loi ne laisse aucun doute sur la généralité d'application de l'article 1471. (1)

On ne conçoit pas en effet qu'elle distingue les créances suivant qu'elles ont pour cause une aliénation immédiate ou éventuelle des biens du créancier. La récompense est aussi favorable dans tous les cas, car elle provient du même principe d'équité.

Cette idée admise en quoi consiste l'exercice des prélèvements ? C'est le droit pour l'époux créancier de se payer en nature sur certains biens.

On discute si ce droit appartient indifféremment aux

(1) 3 déc. 1857 ; D. P., 58, 2, 165 ; Rodière et Pont, II, n° 1075 ; Colmet de Santerre, VI, n° 131 *bis* ; Laurent, XXII, n° 507 ; Guillouard, III, n° 946.

deux époux ou seulement à la femme. La question est en dehors de notre sujet, il nous suffira de dire que nous tenons pour la première opinion (1).

L'époux n'est pas admis à prélever indifféremment les biens qui lui conviendront le mieux, et cela se comprend, car ce serait un droit par trop exorbitant. La loi a prescrit un ordre qu'il devra suivre rigoureusement. Il prendra : 1° l'argent comptant; 2° s'il n'y en a pas, des meubles; 3° à défaut de meubles, des immeubles.

Cet ordre se justifie facilement : Le droit de la femme est en effet un droit de créance, le paiement doit donc s'en faire en argent autant que possible. S'il n'y en a pas, pour ne pas forcer la femme à faire vendre un mobilier auquel elle est attachée, qui lui vient peut-être de sa famille et dont elle a joui durant la communauté, qui d'ailleurs subirait une grande dépréciation au cri des enchères, on l'a autorisée à se payer avec lui, plutôt qu'avec les immeubles qui sont comme la portion sacrée du patrimoine, *res mobilis res vilis*, et doivent rester intacts. Cependant s'il n'existe pas de meubles, les raisons que nous avons données pour le prélèvement des meubles justifieront le prélèvement des immeubles (2). Il faut observer que les prélèvements du mari pourront être plus avantageux que

(1) Caen, 19 janv. 1832, S., 41, 2, 82; Paris, 18 août 1859, S., 63, 2, 211; Pothier, *De la communauté*, n° 701; Troplong, III, n° 1650; Rodière et Pont, II, n° 1093; Marcadé, V., art. 1470, I et II; Aubry et Rau, V. § 511, texte et note 22, p. 361; Laurent, XXII, n° 520; Guillouard, III, n° 943.

(2) Pothier, *Traité de la communauté*, n° 701; Laurent, XXII, n° 504; Guillouard, II, n° 941.

ceux de la femme, si la communauté à un actif suffisant pour payer les deux époux, puisque la femme ayant épuisé le mobilier, il prendra des immeubles. Aussi croyons-nous que la femme peut renoncer à son droit de priorité si elle y trouve avantage, car il a été établi en sa faveur et non contre elle.

Pour que l'époux créancier de récompenses puisse exercer ses prélèvements sur les immeubles il faut qu'il n'y ait pas de mobilier, ou ce qui revient au même, il faut que l'existence de ce mobilier ne puisse pas être établie. Or il se peut qu'à raison du long temps écoulé depuis la dissolution de la communauté cette preuve soit impossible, l'époux survivant n'ayant pas dressé d'inventaire. Il faut distinguer :

A. — Est-ce l'époux survivant qui se réclame du défaut de mobilier ?

On a soutenu trois systèmes sur cette question.

PREMIER SYSTÈME. — Le défaut d'inventaire n'aurait aucun effet contre l'époux survivant, il pourra pour rétablir la consistance du mobilier recourir à tous moyens de preuve, par témoins et commune renommée. Aucune déchéance, dit-on, n'est édictée contre l'époux qui n'aurait pas fait inventaire, et la preuve de l'article 1442 est le droit commun entre époux (1).

(1) Caen, 19 janvier 1832, S., 41, 2, 82; *jug.* Cassation, 5 mars 1855, S., 55, 1, 583.

DEUXIÈME SYSTÈME. — Le premier système ne fit pas fortune, et l'on soutint la thèse absolument contraire. L'époux survivant sera présumé avoir trouvé dans la communauté des valeurs suffisantes pour se remplir de ses reprises, il sera non recevable à combattre cette présomption.

« Considérant qu'à la dissolution du mariage, dit la
« Cour de Caen, c'est le survivant des époux que la
« loi charge de faire inventorier le mobilier existant
« (art. 1442) que le survivant des époux est tenu de
« l'accomplissement de la formalité dans l'intérêt de
« son conjoint comme dans le sien propre ;

« Considérant que par suite de ces principes la
« veuve survivante, qui recueille tout le mobilier
« sans en faire d'inventaire, ne peut plus tard être
« admise à exciper de l'insuffisance des valeurs sur
« lesquelles devait s'exercer le prélèvement ; qu'il
« s'opère alors, par la seule force de la loi, une con-
« fusion à laquelle elle tenterait inutilement d'échap-
« per, en rejetant le défaut d'inventaire sur ceux qui
« n'étaient pas tenus d'y faire procéder » (1).

TROISIÈME SYSTÈME. — Le second système eut bientôt le sort du premier, et la Cour de Caen revint elle-même sur sa jurisprudence par une série d'arrêts.

Ce système repousse l'idée de la confusion adoptée

(1) 4 décembre 1855. *Recueil de Caen*, 56, p. 48 ; cet arrêt a été cassé mais pour d'autres motifs, D. 57, 1, 491 ; Caen, 19 janvier 1860 ; *Recueil de Caen*, 50, p. 151 ; Caen, 29 mai 1854, *Ibid.*, 54, 2, 83 ; Caen, 17 juillet 1857, *Ibid.*, 57, p. 285 ; S., 60, 1, 241 ; Caen, 19 février 1864, *Ibid.*, p. 157.

par les arrêts cités; mais il n'admet pas indifféremment tous les modes de preuve.

La présomption que l'époux ait trouvé dans la communauté de quoi se payer de ses reprises, n'est écrite nulle part dans la loi, et il n'y a pas de déchéance sans texte.

Mais sur la preuve à fournir par l'époux survivant, il faut en revenir au droit commun, car la preuve testimoniale recevable indéfiniment, et celle par commune renommée, ne sont permises qu'aux héritiers du conjoint prédécédé; la conséquence c'est qu'il faut appliquer l'article 1341, et n'autoriser l'enquête que dans les limites de ce texte, c'est-à-dire au-dessous de cent cinquante francs, ou s'il y a un commencement de preuve par écrit (1).

QUATRIÈME SYSTÈME. — Le troisième système ne nous satisfait point, au moins complètement. Certes nous admettons bien avec lui que la *présomption* de paiement invoquée par les arrêts précédents doit être repoussée. Mais nous ne saurions aller plus loin.

Nous avons dit, tout à l'heure, en cela d'accord même avec les auteurs que nous combattons, qu'un mobilier dont on ne pourrait pas justifier serait comme inexistant (2). La conséquence c'est que l'époux demandeur en prélèvements n'aura aucune preuve à faire. Il n'y a pas de mobilier, dira-t-il, donc je pré-

(1) Caen, 7 mai 1879, *Recueil de Caen*, 80, p. 65 et note de M. Le Gost. Laurent, XXII, n° 523; Guillouard, II, n° 961.

(2) Laurent, XXII, n° 510, et Guillouard, n° 942.

lève des immeubles, sauf le droit des héritiers du conjoint prédécédé d'établir par toutes voies de droit et notamment par témoins et commune renommée la consistance du mobilier non inventorié (art. 1442), car le demandeur ne saurait se faire un titre de son manquement à ses obligations.

Aussi ne comprenons-nous pas dans l'espèce l'application de l'article 1341, bien étranger au débat. Qu'importe, même dans le système qui mettrait la preuve à la charge de l'époux survivant, que l'intérêt soit supérieur ou non à cent cinquante francs ? S'agit-il de prouver l'existence d'un contrat ? Nullement, mais d'un fait, d'un simple fait matériel, l'existence de certains biens. La conséquence serait alors l'admission de la preuve testimoniale indéfiniment.

B. — Est-ce au contraire l'héritier de l'époux prédécédé qui demande à exercer ses prélèvements ? Pas plus que l'époux survivant, il ne sera obligé d'établir la consistance du mobilier, car l'article 1442, qui consacre une faculté, ne saurait dégénérer en une obligation. Mais son adversaire pourrait offrir la preuve par témoins, sinon par commune renommée, et sans qu'on ait à distinguer si l'intérêt est de plus ou de moins de cent cinquante francs, et s'il y a ou non un commencement de preuve par écrit (1).

Si d'un commun accord la femme survivante et les et les héritiers avaient convenu qu'il ne serait pas

(1) Compar. Rejet, 1^{er} décembre 1852, D. 52, 1, 122; Laurent, XXII, n° 510; Guillaouard, n° 942.

fait d'inventaire, elle serait présumée, dit une opinion avoir opté pour l'exercice en nature de ses reprises (1).

Ce n'est pas notre avis. Il n'y a en effet aucune présomption de ce genre écrite dans la loi, et la présomption de fait est loin d'être irrésistible. Il faudra donc recourir aux règles ordinaires de l'interprétation des conventions, or si le plus souvent il se peut que l'opinion que nous combattons se trouve consacrée par le fait, parfois aussi il pourra en être autrement, par exemple si la convention des parties n'a eu pour but que d'éviter les frais d'un inventaire, ce qui n'est pas rare dans la pratique.

La stipulation qu'il ne sera pas dressé d'inventaire au décès de la femme pourrait être valablement insérée dans un contrat de mariage. Elle serait opposable aux héritiers du conjoint prédécédé mais non aux tiers, au rapport desquels elle serait *res inter alios acta*.

Mais quant à la preuve de la consistance de ce mobilier, les héritiers ne seront plus recevables à invoquer l'article 1442, car ce texte constitue une pénalité contre l'époux, qui par sa négligence compromet les intérêts de son conjoint, et il n'y a aucune négligence si c'est d'un commun accord que l'inventaire est évité. Il ne leur restera donc la preuve testimoniale telle que nous l'avons admise tout à l'heure (2).

(1) Guillouard, II, n° 957.

(2) Caen 19 nov. 1870 ; S., 71, 2, 163 ; Guillouard, *loc. et op. cit.*

Il semble qu'un ordre étant prescrit par la loi pour l'exercice des prélèvements, un époux ne pourra pas en imposer un autre à son conjoint, et par suite que si le mari offre à la femme de lui payer ses reprises en argent elle ne saurait s'y refuser. On a cependant soutenu le contraire : « Non, dit M. Laurent, l'article 1471 donne un droit absolu à l'époux créancier d'une récompense, absolu en ce sens qu'il a le droit de se payer en effets de la communauté. Or le droit serait dérisoire s'il dépendait du défendeur d'en arrêter l'exercice en offrant des deniers ou en provoquant la vente des biens communs (1). »

On renforce cette opinion d'un prétendu argument de texte « les prélèvements *s'exercent* » donc c'est un droit pour l'époux créancier non une expectative qu'on puisse lui enlever.

Ce système a le tort de confondre deux hypothèses qui doivent être distinguées ; celle où il y a dans la communauté des deniers en quantité suffisante pour payer les reprises et celle où pour s'en procurer il faudrait vendre les biens de communauté.

Dans la première hypothèse on ne comprend guère qu'un doute puisse naître, car le vœu de l'article 1471 est que le prélèvement se fasse d'abord sur l'argent comptant, c'est dire, ou je me trompe fort, que les reprises sont en principe payables en argent, et avec l'argent qui est dans la caisse commune.

Mais faut-il aller plus loin et admettre le dépen-

(1) XXII, n° 512 ; Rodière et Pont, II, n° 1082, p. 340.

deur à faire vendre les biens de communauté, pour que le créancier puisse exercer son prélèvement. Ce serait perdre de vue, et la lettre, et l'esprit de la loi. Du moment que l'article 1471 parle d'argent *comptant*, c'est qu'il suppose un actif monnayé, liquide de communauté, sans cela le qualificatif eût été inutile. Plus inutile encore serait le texte tout entier s'il fallait lui donner un autre sens. Si le but de la loi est de permettre aux époux de ne pas se séparer de biens auxquels ils sont attachés et d'empêcher une vente onéreuse, on irait contre ce but en désarmant le créancier, en face des résistances de son conjoint. Car si l'on suppose que l'accord des deux époux est nécessaire à l'exercice des prélèvements, autant vaut rayer l'article 1471 (1), qui n'exprimerait qu'une naïveté.

L'époux débiteur ne pourrait pas davantage payer la reprise avec ses deniers personnels pour empêcher le prélèvement. En effet pour se payer ensuite lui-même il devrait faire vendre, le but de la loi ne serait donc pas atteint. Si au lieu de se payer en deniers il voulait se payer en nature, on voit qu'alors le mari serait toujours maître de se donner une situation avantageuse. La femme pourrait bien se faire payer en nature, lui seul exercerait le prélèvement. Est-ce là ce que le législateur a voulu ?

Mais si la règle est obligatoire elle n'est pas d'ordre

(1) Laurent, *loc. cit.* ; *Contra*. Troplong, III, n° 1630 ; Aubry et Rau, V, § 511, texte et note 26, p. 362 ; Guillaouard, II, n° 953.

public, rien n'empêche donc les époux d'y contrevenir. C'est ainsi que la femme pourrait très bien convenir par contrat de mariage qu'elle exercera ses reprises, en mobilier ou en immeubles, sans qu'on puisse lui opposer dans le premier cas l'existence d'argent comptant, dans le second celui d'un mobilier (1). Si les époux peuvent stipuler que le survivant prendra toute la communauté, *a fortiori* peut-il stipuler le droit d'en prendre une partie, meubles ou immeubles pour se payer (2).

En sens inverse M. Laurent n'admet pas que la femme puisse par contrat de mariage renoncer au bénéfice de l'article 1471. « Par cela seul qu'ils (les « prélèvements) n'appartiennent qu'à la femme, elle « ne peut y renoncer d'avance; ils sont de l'essence « de la communauté, puisqu'ils sont la compensation « du pouvoir absolu que le mari a sous ce régime, et « de la dépendance de la femme » (3).

Nous ne partageons pas cet avis. Les clauses dérogeant au régime de la communauté sont toutes permises en principe, à moins que l'article 1388 ne les ait spécialement prohibées. Quant à dire que les prélèvements sont de l'essence de la communauté, c'est une affirmation gratuite. Ils sont la règle de ce régime, comme bien d'autres règles, qui ne sont pas pour cela

(1) Laurent, XXII, n° 513; Caen, 12 mai 1870, D. P. 72, 2, 196. Guillouard, II, n° 943 et 954

(2) Guillouard, II, n° 954.

(3) *Loc. cit.*

essentielles. Cette stipulation ne serait d'ailleurs qu'un retour au droit commun, considération qui doit la rendre admissible. Au surplus elle sera extrêmement rare dans la pratique.

Passée pendant le mariage une pareille convention serait nulle comme portant atteinte à l'immutabilité des conventions matrimoniales.

Cependant si un des époux avait été constitué par son conjoint, soit dans le contrat de mariage, soit *même durant le mariage*, donataire de tout le mobilier, l'autre époux ne pourrait exercer ses reprises que sur les immeubles (1).

Si la donation portait sur l'usufruit de tous les biens du conjoint prédécédé, l'article 1471 devrait recevoir son application dans la mesure où elle est possible. Les héritiers exerceront alors leurs prélèvements sur la nue-propriété des biens car rien n'empêche l'exercice simultané du prélèvement et de l'usufruit (2). Mais le prélèvement ne doit porter bien entendu que sur ce qui n'est pas sorti de la communauté.

Les prélèvements sont-ils obligatoires pour le créancier comme pour le débiteur? En d'autres termes la femme peut-elle au lieu de prélever certains biens pour se payer en nature provoquer la vente des biens de communauté pour se payer sur le prix?

(1) Douai, 17 juillet 1847, S. 49, 2, 713; Paris, 30 mai 1857 et 18 avril 1859, S. 63, 2. 211; Rodière et Pont, II, n° 1077.

(2) Cass., 7 juillet 1874, S. 74, 1, 477; Guillouard, II, n° 955.

La question est controversée dans la doctrine et la jurisprudence.

Une première opinion soutient la négative. Elle se fonde: d'abord sur les termes impératifs de l'article 1470 qui dit que les époux « prélèvent » et non « peuvent prélever » et ce qui démontre bien que ce prescrit est inflexible; c'est que dans ses deux dispositions la première relative au droit de priorité, la seconde au mode des prélèvements, l'article 1471 emploie des termes catégoriques.

L'ordre d'idées dans lequel a été écrit l'article 1471 démontre qu'il appartient à une série de règles qui sous le titre: *Du partage de la communauté après l'acceptation*, organisent un ensemble de prescriptions spéciales, entre lesquelles on ne peut pas distinguer pour admettre les unes et infirmer les autres. Toutes s'imposent au même titre.

Enfin l'article 1471 serait sans portée sérieuse et illusoire si son caractère était facultatif, car il signifierait alors que les époux peuvent d'un commun accord régler leurs reprises par voie de prélèvements. Ce serait une grosse naïveté.

L'arrêt de la Cour de Paris dont nous venons de résumer la doctrine termine par cette considération pratique, à savoir que les époux obligés de prélever des biens en nature pour se payer ne pourront pas se plaindre car ils prendront les biens pour leur valeur au moment du prélèvement (1).

(1) Paris, 24 juillet 1869, D. P., 70, 2, 25; Metz, 10 avril 1862, D. P. 62, 2, 141; Marcadé, V., art. 1470, I; Rodière et Pont, II, n° 1082; de Folleville, I, n° 497.

Nous croyons au contraire que le règlement des reprises par prélèvements est facultatif pour le créancier.

Disons d'abord que cette théorie est celle de notre ancien droit, et que la tradition à défaut d'un texte exprès a bien sa valeur.

« La veuve, dit Guy Coquille, ne sera tenue de prendre les meubles en paiements, car son debte est en deniers (1) »

« On ne peut, dit Pothier, refuser le partage (des meubles de communauté) à moins qu'il ne fût nécessaire de vendre le tout, ou partie, pour l'acquittement des dettes communauté, tant de celles dues à des tiers, que de celles qui seraient dues à l'une ou l'autre des parties; auquel cas la vente des meubles ne peut être empêchée, jusqu'à concurrence de ce qu'il est nécessaire d'en vendre pour l'acquittement des dites dettes (2) »

Tel est bien le droit commun, celui de l'ancien droit et le nôtre. Le code permet il est vrai le prélèvement de biens en nature, disposition exceptionnelle, mais de faveur, à laquelle l'époux peut donc renoncer, car à moins d'une règle spéciale, expressément impérative, il n'en pourrait être autrement. Les textes la renferment-elles ? Ce n'est pas à coup sûr l'article 1470. Il n'a pour but que d'indiquer à quel moment et pour quelles causes s'exerceront les prélèvements.

(1) COUTUMES DE NIVERNAIS. Titre *Des droicts des gens mariez*, art. XVIII.

(2) *Traité de la Communauté* n° 700.

Est-ce l'article 1471 ? Il renferme deux dispositions : d'abord la femme aura droit de priorité vis-à-vis de son mari, ensuite ordre des prélèvements. Or, dit-on, comme la première est absolue la seconde l'est aussi. Cette argumentation pêche doublement. Elle suppose que la volonté de la loi a la même énergie dans ses deux dispositions, or rien n'est moins certain ; puis elle considère comme rigoureuse la prescription du premier alinéa de notre article, ce qui serait encore à démontrer, car c'est une disposition de faveur qui ne peut donc être obligatoire. Singulière faveur que celle qui empêcherait le gratifié d'en revenir au droit commun s'il y trouvait son avantage !

M. Coulon s'écrie « a-t-on jamais vu un débiteur « lorsqu'il est réduit à vendre pour payer ses dettes, « l'a-t-on jamais vu forcé, légalement forcé de vendre « au choix de ses créanciers tel ou tel de ses biens « plutôt que tel autre ? (1) » C'est nous faire dire ce que nous n'avons pas dit. Si la femme veut se payer en espèces, et que le mari s'y prête de bonne grâce, elle n'aura aucun droit de désigner tel ou tel bien ; mais si le mari résiste elle pourra, comme un créancier ordinaire, saisir ceux des biens de communauté qui lui paraissent le gage le plus satisfaisant. L'exclamation de M. Coulon est donc assez vaine, car il est bien certain qu'un créancier a parfaitement le droit de choisir ceux des biens qui lui conviennent le mieux, pouvant tout saisir, il peut se contenter de le faire pour partie. La preuve c'est que la saisie immobilière est

(1) *Questions de droit civil*. Q., 35, p. 127 et s.

indépendante de la saisie mobilière, et ne suppose même pas qu'elle ait eu lieu.

Nous ajouterons : oui la règle des prélèvements est une règle spéciale, faisant partie d'un tout ayant pour objet l'organisation du partage de communauté. Mais rien ne dit que ces règles pour être coordonnées et groupées fassent obstacle à l'application du droit commun, ni surtout qu'elles aient toutes la même énergie. Pour le savoir il faut consulter l'esprit de la loi.

Son esprit, c'est nous le savons d'éviter une vente pénible à l'époux ; pour qu'il ne soit pas forcé de faire vendre il fallait lui permettre le prélèvement en nature.

Enfin il pourrait y avoir de sérieux inconvénients à user parfois des prélèvements, par exemple dans le cas où les meubles existants sont d'une nature toute spéciale, et partant fort inutiles à l'époux qui serait obligé de les prendre en paiement. Il ne les prend, dit-on, que d'après leur valeur au moment du prélèvement. — Il en sera bien plus avancé ! Voit-on une femme prélevant les instruments de chirurgie, ou la bibliothèque de droit, ou les outils de travail ayant appartenu à son mari ! Si l'on objecte qu'elle peut les vendre pour sortir d'embarras, mieux valait alors les vendre tout de suite, car au moins la dépréciation qui résultera de la vente se serait partagée (1).

(1) Cass., 2 juin 1862; S., 62, 1, 829; Cass., 6 juillet 1870; S., 70, 1, 348; Troplong, I, n^{os} 393-396 et III, 1628; Aubry et Rau, V, § 511, texte et note 25, p. 361-362; Colmet de Santerre, VI, n^o 131, *bis* I.; Laurent, XXII, n^o 511; Guillouard, II, n^{os} 950-951.

Nous concluerons donc avec M. le conseiller Laborie en disant que : « Le droit de prélèvement de la femme, « tel qu'il est énoncé par l'article 1471, ne doit s'enten- « dre que d'une action sur les biens de la communauté, « dans l'ordre établi par cet article ; que, sans doute, « la femme peut accepter en paiement les biens sur « lesquels elle a une action ;..... mais qu'elle n'est pas « tenue de prendre ces biens en paiement, et qu'elle « peut exiger que la communauté débitrice d'une « somme d'argent, se libère envers elle par la presta- « tion d'une somme d'argent (1) »

Comment se fera la désignation des biens sur lesquels la femme fera porter ses prélèvements ?

Pour les immeubles ce sera simple, la loi l'ayant autorisée expressément à choisir ceux qui lui conviendront le mieux. Mais elle est muette quant aux meubles. Admettra-t-on la même solution ?

M. Laurent soutient la négative, et son argumentation ne manque pas de force. La disposition de l'article 1471 étant exceptionnelle ne saurait être étendue par analogie, ni même (en admettant que le choix des meubles, objets moins précieux, soit moins exorbitant que celui des immeubles) par *a fortiori*. Il ajoute encore « qu'il y a une raison d'équité pour donner à la « femme le choix des immeubles, quant aux meubles « au contraire, qu'importe ? S'ils ne lui conviennent « pas elle les vendra » (2).

(1) Rapport sous Cassation 13 déc., 1864 ; S. 65, 1, 89.

(2) XXII, n° 566.

Malgré ce qu'en apparence peut avoir d'irrésistible cette théorie, nous croyons qu'elle doit être repoussée. D'abord elle va contre le vœu de la loi. Comment comprendre que le législateur soucieux d'éviter aux époux la dépréciation résultant d'une vente faite en moment inopportun, n'ait pas songé aux meubles, bien plus sujets à cette dépréciation (2). Car enlever le choix à la femme, c'est dans bien des cas rendre ce prélèvement impossible. Puis surgit une difficulté pratique qui devrait bien faire réfléchir notre illustre adversaire. Si la femme n'a pas le droit de choisir, comment se fera cette désignation ? C'est ce qu'il ne nous dit pas. Sera-ce d'un commun accord entre les époux ? Mais en accordant au mari ce droit de *veto*, ne voyez-vous pas que vous rendez en fait le prélèvement facultatif pour le débiteur, car le mari pourrait l'opposer successivement à chaque désignation de la femme. En admettant même qu'il veuille bien ne pas opposer un refus systématique, il n'aura qu'à se refuser au choix de tout objet agréé par la femme, accepter au contraire le prélèvement d'objets sans utilité pour elle, il sera bien sûr de voir la femme renoncer à son prélèvement. Cette nécessité du consentement du mari serait même inique dans l'opinion qui considère les prélèvements comme obligatoires pour le créancier. La femme serait alors obligée de prendre les biens que son mari lui jetterait en paiement de ses reprises. Singulière faveur !

(2) Rodière et Pont, II, n° 1078 ; Marcadé, V, art. 1470. 1 ; Aubry et Rau, V, § 311, texte et note 24, p. 361 ; Guillouard, II, n° 947.

Si l'accord des époux n'est pas exigé, faudra-t-il s'en remettre au hasard pour désigner les biens? mais le législateur qui s'est justement défîé du tirage au sort pour les immeubles, n'a pas dû le voir d'un bien meilleur œil pour les meubles. En outre, ce procédé n'est écrit nulle part, il existe en matière de partage, mais ici les époux ne partagent pas, ils se paient.

De quelle façon que s'opère la désignation des biens, l'époux créancier ne pourra les prendre que pour leur valeur au moment du prélèvement; si les époux ne pouvaient pas se mettre d'accord à cet égard, il y aurait lieu de recourir à une expertise, soit amiable, soit ordonnée par le Tribunal (1); les frais en seraient à la charge de la communauté comme frais de liquidation (2).

En conséquence si les biens désignés par l'époux créancier dépassaient en valeur le montant de sa reprise, le prélèvement sera impossible; car s'il peut se réclamer de l'article 1471, ce n'est que dans les limites de sa créance, au-delà il y aurait énormité à le lui permettre (3), à moins qu'il n'ait l'assentiment de son conjoint, en ce cas il reversera une soulte à la communauté pour l'excédant, ou deviendra débiteur

(1) Aubry et Rau, V, § 511, p. 361; Menesson, *Essai sur les récompenses*, p. 142; Laurent, XXII, n° 508.

(2) Rodière et Pont, II, n° 1080.

(3) Marcadé, V, art. 1470, 1 et 2, Rodière et Pont, II, n° 1079; Aubry et Rau, V, § 511, texte et note 24, p. 361; Guillonard, II, n° 949.

personnel de l'autre époux pour la moitié de celle-ci.

On comprend que le prélèvement ne pourrait pas s'exercer s'il devait porter sur un immeuble reconnu impartageable, et d'une valeur supérieure à la reprise. Le but de la loi serait manqué puisque la licitation serait nécessaire pour faire cesser l'indivision entre l'époux et la communauté (1), mais il n'y a là aucun empêchement d'ordre public, et les époux pourraient y contrevenir même par contrat de mariage (2).

§ 6. *Effets de l'action en reprise.*

L'effet le plus ordinaire des prélèvements est de rendre l'époux qui prélève propriétaire de l'objet prélevé. Toutefois on est loin d'être accord sur la nature du titre en vertu duquel s'opère l'appropriation des biens. Nous avons admis plus haut qu'il s'opérerait une translation de propriété, résultat inévitable de la dation en paiement. Il reste à déduire les conséquences de cette idée.

PREMIÈRE CONSÉQUENCE. — La translation s'opérant au moment du prélèvement, il s'ensuit que le bien

(1) Cass., 21 avril 1840, S., 40, 1, 987 ; Cass., 7 mai 1855, S., 56, 1, 359 ; Rodière et Pont, II, n° 1073 ; Laurent, XXII, n° 509 ; Guillaouard, *op. et loc. cit.*

(2) Orléans, 3 déc. 1857 ; D. P. 58, 2, 163 ; Laurent, *op. et loc. cit.*

choisi par la femme ne tombera dans son patrimoine que grevé des droits réels dont le mari a pu les charger durant la communauté, car, comme le fait justement observer M. Guillouard « Tant que la communauté dure, le droit éventuel de la femme d'exercer ses prélèvements ne peut faire obstacle à l'exercice actuel des pouvoirs du mari comme chef de la communauté (1)..... » La femme devra donc respecter les aliénations consenties par le mari avant la dissolution de la communauté : « Considérant, dit avec raison la Cour de Lyon, qu'il est évident que la femme ne peut exercer ses prélèvements que sur les biens existants à la dissolution de la communauté, et non sur ceux qui auraient été antérieurement aliénés par voie de cession, vente ou autrement. » (2) Et il importe peu que ces droits réels aient été ou non inscrits ou transcrits en vertu de la loi du 23 mars 1855, la femme serait non recevable à invoquer le défaut de cette formalité, car obligée comme acceptante, elle serait repoussée en vertu de la règle que, qui doit garantie ne peut évincer (3).

De même elle subirait les hypothèques grevant les immeubles de communauté, ou le gage conféré sur les meubles (4).

(1) II, n° 965. *

(2) Lyon, 11 juillet 1857, S., 58, 2, 6.

(3) Cette conclusion est professée par M. Guillouard, mais par d'autres motifs que nous n'avons pas admis.

(4) Paris, 13 janv. 1854, S., 54, 2, 109; Dijon, 18 déc. 1853, S., 56, 2, 253; Cass., 17 fév. 1855, S., 58, 1, 365; Marcadé, V., art. 1470, III; Rodière et Pont, n° 1087 et s.; Guillouard, *op. et loc. cit.*

Enfin elle ne pourrait pas davantage exercer ses prélèvements sur les biens que les créanciers du mari auraient saisis.

DEUXIÈME CONSÉQUENCE. — Il est non moins évident que si le prélèvement opère translation de propriété, quand il s'exercera sur des immeubles, la transcription sera nécessaire (1).

TROISIÈME CONSÉQUENCE. — Il faut encore dire, quo qu'il en coûte, que le droit proportionnel de mutation sera dû à l'administration de l'Enregistrement (2).

Pendant nous croyons que les héritiers du mari auxquels la femme abandonnerait les valeurs de communauté, insuffisantes pour la remplir de ses reprises, afin de se faire payer par eux en deniers, ne devraient pas le droit de mutation. Non parce que c'est un règlement de partage comme le disent certains auteurs très importants (3), mais bien parce qu'il faut voir là une renonciation de la femme, que par suite elle n'a pas pu transférer une propriété qu'elle n'avait pas, et que, la considérât-on même comme acceptante, elle n'était pas davantage devenue propriétaire, puisque dans notre opinion elle ne le devient que par l'effet du prélèvement et que ce prélèvement n'a pas eu lieu.

QUATRIÈME CONSÉQUENCE. — Le prélèvement consti-

(1) *Contra* : Cass., 20 juillet 1869; S. 70, 1, 127.

(2) *Contra* : Cass., 3 août 1858, cité plus haut p. 244 et les autorités.

(3) Comp., 13 déc. 1864, S. 65, 1, 87; Laurent, XXII, n° 541; Guillaud, II, n° 968.

tuant une dation en paiement, non un partage, ne sera pas rescindable pour cause de lésion de plus du quart (1). Mais s'il s'agissait d'immeubles nous l'admettrions pour lésion de plus des sept douzièmes, par application de l'article 1674, la dation en paiement étant assimilable à la vente.

CINQUIÈME CONSÉQUENCE. -- Par la même raison encore, la femme évincée d'un bien reçu en paiement ne jouirait pas du privilège de copartageante pour se faire rembourser par exclusion des créanciers de son mari, sur les biens échus à celui-ci dans sa part de communauté, sauf l'exercice de son hypothèque légale.

L'un des effets ordinaires des actions est (art. 1153) de faire courir les intérêts au profit du demandeur, la loi n'a pas attendu pour les faire courir la demande des époux : « Les remplois et récompenses dus par la communauté aux époux et les récompenses par eux dues à la communauté, emportent les intérêts de plein droit du jour de la dissolution de la communauté. » (Art. 1473).

Ce texte est général et s'applique également à toutes les récompenses de quelle catégorie qu'elles soient.

Qu'on remarque que sa disposition est exceptionnelle et déroge doublement au droit commun.

Si l'on envisage en effet la société conjugale

(1) *Contra*, Paris, 4 mai 1874, S., 74, 2, 167; Bourges, 13 juin 1877, sous Cass., 21 juillet 1880, S. 81, 1, 251; Guillouard, II, n° 969.

comme soumise aux règles ordinaires des sociétés, on voit que les sommes dues par les associés à la société portent intérêt du jour où elles devaient être versées dans la caisse de la société (art. 1846) cela en vertu d'une mise en demeure tacite. On admet aussi (1) en sens inverse par argument de l'article 1852 que les sommes dues à l'un des associés par la société portent intérêt du jour du paiement. L'article 1473 au contraire les fait courir du jour de la dissolution de la société.

Si l'on n'applique pas les règles des sociétés, c'est alors le droit commun qu'il faut appliquer, c'est-à-dire l'article 1153, or à cet égard autre dérogation, puisque la demande n'est pas nécessaire pour la conservation des intérêts.

Pour justifier la première dérogation on peut dire que les comptes auxquels il faudrait se livrer à des époques périodiques sont incompatibles avec la nature de la société conjugale. « *Inter conjuges res non sunt amare tractandæ* ». Un travail sans contrôle sérieux aurait pour résultat d'enrichir la communauté aux dépens de la femme, et les pouvoirs du mari rendent ce contrôle impossible.

Ce motif serait à lui seul peu satisfaisant. Nous proposons cet autre, à savoir que la communauté touchant les intérêts des capitaux propres aux époux, ceux-ci ne peuvent être admis à les réclamer. C'est à la communauté qu'ils appartiennent; puis, comme l'exprime M. Caillemer. « Pendant la communauté il « s'opère une confusion incessante des intérêts actifs

(1) Aubry et Rau, IV, § 381 bis, texte et note 5, p. 558.

« qu'elle perçoit et des intérêts passifs qu'elle acquitte » (1).

La seconde dérogation, celle qui écarte l'application de l'article 1153 s'explique par d'autres motifs : Premièrement la liquidation des reprises étant souvent fort longue et les prélèvements ne pouvant s'exercer qu'après cette liquidation, l'application du droit commun aurait fait perdre à l'époux les intérêts pendant la durée de cette liquidation ; secondement ce résultat eût été inique au cas où l'un des époux pouvait exercer ses reprises en nature sur des biens encore existants, car pouvant les reprendre dès la dissolution de la communauté, sans attendre la fin de la liquidation, il aurait joui de son immeuble, tandis que l'autre époux dont le bien avait profité à la communauté perdrait la représentation de cette jouissance pendant un temps plus ou moins long. Rien de plus sage que notre disposition, rien aussi de plus simple et de plus clair (2).

Au cas de séparation de biens, les intérêts courent du jour de la demande en séparation. C'est que l'effet rétroactif du jugement remonte à cette date. C'est l'application normale de l'article 1473.

La créance de reprises grossie de ses intérêts, forme pour le tout une récompense, et non pas deux créances ayant des caractères distincts. C'est la conséquence de la règle : *accessorium sequitur principale*.

(1) *Des intérêts sous le Code civil*, thèse pour le doctorat (Caen, 1861), p. 132, n° 32.

(2) Colmet de Santerre, VI, n° 133 bis ; Guillouard, II, n° 973.

Un dernier effet de l'action en reprise est de grever proportionnellement les meubles et les immeubles. On comprend en effet que la reprise n'étant qu'un droit de créance grève l'universalité du patrimoine.

En conséquence si un époux débiteur de reprises laissait un successeur aux meubles et un successeur aux immeubles, et que l'un d'eux paie toutes les reprises, il aurait un recours proportionnel, *pro modo emolumenti* contre l'autre (1).

C'est ainsi encore, que la prétention émise par les héritiers de l'époux prédécédé de faire payer par le conjoint de leur auteur toutes les reprises, sous prétexte qu'il est donataire du mobilier, devrait être repoussée. Elles s'exerceront proportionnellement sur les meubles et les immeubles. La donation renfermant une dérogation permise à l'article 1471 (2).

Le contraire a été jugé par la Cour de Caen et celle d'Agen (3). Cette doctrine qui était une inconséquence en 1832 devenait une anomalie en 1868. Mais cette jurisprudence n'a pas fait autorité, et la Cour d'Amiens a, dans ces dernières années, décidé avec raison que la femme à laquelle son mari a légué la propriété des meubles et l'usufruit des immeubles est en droit de faire contribuer les héritiers en leur qualité d'ayants droits à la nue-propriété des immeubles, au paiement de ses reprises (4).

(1) Douai, 17 juin 1847, S., 49, 2, 71.

(2) Paris, 18 août 1854, S., 63, 2, 211.

(3) Caen, 19 janvier 1832, S., 41, 2, 82; Agen, 17 janvier 1868, S. 68, 2, 4.

(4) Amiens, 18 fév. 1887; J. P., 87, 1, 987.

§ 7. *Garanties de l'action en reprise.*

Pour assurer à la femme le recouvrement de ses reprises la loi lui a offert un certain nombre de garanties tant contre son mari que contre les tiers eux-mêmes.

La première, nous l'avons vu, consiste dans l'ordre des prélèvements. Ceux de la femme s'exercent avant ceux du mari.

La seconde c'est que la communauté étant insuffisante pour la payer intégralement, elle conservera le droit de recourir contre son mari tenu personnellement.

Dans les cas spécialement prévus par l'article 1431, lorsque la femme aura payé la dette de communauté ou du mari, elle sera subrogée dans les droits du créancier. A vrai dire ce n'est là que l'application ordinaire des règles du cautionnement, et d'une autre plus générale, à savoir que celui qui a payé une dette à laquelle il était tenu avec d'autres ou pour d'autres se trouve subrogé légalement aux droits du créancier désintéressé (1) (art. 1251, 3°).

Ce sont là de légitimes précautions prises par loi, juste compensation au rôle passif de la femme durant le mariage. Mais si utiles qu'elles soient, s'il fallait toujours attendre pour en user la dissolution de la communauté, survenue par la mort de l'un des

(1) Lyon, 4 août 1887, D. P., 87, 2, 127.

époux, ou le divorce, elles risqueraient souvent d'être tardives, ou seraient subordonnées à des événements peu souhaitables. Aussi fallait-il, sans rompre le lien du mariage, permettre à la femme de provoquer la dissolution de la communauté, qui doit l'affranchir. Nous voulons parler de la séparation de biens. La femme qui aura de justes sujets de craindre l'insolvabilité imminente de la communauté, et qui voyant commencer la ruine, voudra éviter le naufrage entier de sa fortune, pourra mettre ainsi son patrimoine en sécurité, car ce moyen lui est ouvert, toutes les fois que sa dot sera mise en péril, dit le Code (art. 1443) ou d'après l'expressive formule romaine, quand le mari *vergit ad inopiam*. Le remède de la séparation se justifie juridiquement aussi facilement qu'en équité, il n'est qu'une variété d'application du principe qui veut que le créancier soit déchu du bénéfice du terme lorsqu'il a diminué le gage de son débiteur.

Cette protection lui est offerte quelle que soit la cause de sa créance, à quelle catégorie qu'elle appartienne, même à raison des indemnités dues par le mari à titre de dommages-intérêts (1).

Vis-à-vis des tiers nous savons que sur le mobilier la femme n'a aucun privilège; mais il n'en est pas de même sur les immeubles. L'hypothèque légale la mettra à l'abri des créanciers de la communauté.

(1) Guillouard, III, n° 1084; V. Toutefoix, Laurent, XXII, n° 210, 212 et 218.

§ 8. — *Causes d'extinction de l'action.*

L'action en reprise est une action personnelle et de créance, elle sera donc soumise aux causes ordinaires d'extinction des obligations.

Le mode le plus naturel est la prestation de la chose due. Quant à la compensation de ses reprises avec celles de son mari, nous savons à quelle condition elle peut être opposée à la femme. La confusion s'opère de plein droit quand la femme se trouve à la fois créancière et débitrice.

La remise de la dette ou renonciation à l'action aurait évidemment un effet extinctif. Est-elle possible? Intervenant lors de la liquidation, cela va de soi. La femme maîtresse de ses droits, est libre de ne pas les exercer.

Mais pourrait-elle par avance compromettre ses reprises, par une renonciation consentie durant le mariage? Il est un fait bien certain, qu'elle peut, durant la communauté, abdiquer certaines garanties, notamment renoncer à son hypothèque légale. On hésitait avant la loi du 23 mars 1855, mais cette loi, dont l'interprétation est confirmée par la loi nouvelle du 13 février 1889, a mis fin à la controverse que le Code avait fait naître.

Certes, l'abandon des garanties conduit souvent à un abandon effectif du droit lui-même. Mais autre chose est le fait, autre chose est le droit. L'abandon du droit pourrait-il être convenu expressément? Nous ne le croyons pas.

En permettant la renonciation à l'hypothèque légale, le législateur donnait à la femme une faculté spéciale, partant exceptionnelle. La preuve c'est, qu'en l'absence d'un texte, on controversait la question de savoir si la renonciation à l'hypothèque était possible, et qu'on n'admit même jamais que la femme pût renoncer purement et simplement à cette hypothèque, on ne le lui permettait qu'en prévision d'une subrogation en faveur d'un créancier, c'est-à-dire en vue d'augmenter le crédit de son mari. Une autre preuve se trouve encore dans les formalités particulières exigées pour la restriction de l'hypothèque. On a pu craindre en effet l'abus d'autorité du mari. Le seul fait qu'il a fallu un texte pour autoriser l'abdication d'une garantie ne prouve-t-il pas suffisamment que l'abdication du droit est impossible ? Disons en terminant que ce serait porter atteinte à l'immutabilité des conventions matrimoniales.

Si elle ne le peut durant le mariage, le pourrait-elle au moins par contrat de mariage ?

Les reprises, nous le savons, ont des causes diverses. Pour celles de la première catégorie qui représentent le prix d'un propre aliéné, la renonciation au droit de reprise équivaut à l'adoption du régime de communauté universelle (art. 1526). M. Laurent (1) cependant proteste contre cette opinion, en disant que la femme ne peut par avance abdiquer les privilèges qui sont la compensation du pouvoir absolu du mari. C'est se

(1) XXII, n° 513.

payer de mots, ce raisonnement ne va pas au fond des choses et se contente d'une analyse superficielle.

Il n'est cependant pas impossible que les époux, même sous le régime de l'article 1526, aient encore des biens personnels : par exemple ceux qui leur seront donnés ou légués sous la condition de ne pas tomber en communauté. Si la femme accepte une telle donation il est bien évident qu'elle est obligée d'en respecter la condition. L'immeuble lui sera donc propre, et sa renonciation sera inefficace à son égard, car elle serait contradictoire avec les conditions de son acceptation. A elle de juger lors de la dissolution de la communauté si elle veut renoncer à sa reprise.

La deuxième catégorie de reprises consiste en un remboursement à la femme des sommes employées par elle à payer les dettes de communauté. L'analyse que nous venons de donner de la renonciation par contrat de mariage à l'action en reprise fait assez comprendre que la femme n'a plus de biens personnels, avec quoi pourrait-elle alors payer les dettes de communauté? On peut cependant supposer que la femme s'étant obligée avec son mari, n'est poursuivie qu'après le partage de la communauté; elle a évidemment action contre son mari pour recouvrer ses déboursés; celui-ci pourra-t-il lui opposer la renonciation contenue au contrat de mariage? Non, car le contrat même par lequel la femme s'est associée à son mari doit servir à régler leurs rapports réciproques. S'il fallait admettre une autre solution on arriverait à ce résultat extravagant que la femme paierait seule les dettes de communauté.

De récompenses de la troisième catégorie, il n'y en aura guère, puisque la femme n'a pas de biens personnels. Pourrait-elle réservant sa reprise quant aux deux premières catégories, y renoncer en ce qui concerne la dernière. Qu'on observe que la cause réside ici dans une faute du mari, c'est donc la théorie des fautes qu'il faut appliquer. Toute exonération par avance du dol ou de la faute lourde qui lui est assimilable serait nulle, mais je crois que l'irresponsabilité quant aux fautes légères pourrait être convenue.

Au reste la question est bien plus théorique que pratique, car il n'est guère d'exemple de contrats de mariage renfermant pareilles renonciations. Le régime de communauté universelle n'existe pour ainsi dire que dans le Code, *a fortiori* en sera-il de même de ces clauses qui laisseraient la femme par trop désarmée en face de son mari (1).

Le troisième mode d'extinction des obligations est la prescription. Le laps de trente ans écoulés depuis la dissolution de la communauté sans réclamation élèverait une fin de non-recevoir contre la demande formée après ce délai.

Faudrait-il décider différemment si pendant ces

(1) L'application pourrait cependant s'en faire dans le cas d'apports fictifs. On sait que certains fonctionnaires ne sont autorisés à se marier que sous la condition d'épouser une jeune fille leur apportant en dot un *quantum* déterminé. Pour éluder la loi on reconnaît souvent à la femme un apport inexistant. La renonciation par contrat de mariage à l'action en reprise serait ici aussi pratique qu'équitable.

délais la femme avait joui des biens de son mari et de communauté, comme usufruitière universelle, en vertu d'une constitution insérée au contrat de mariage ou dans le testament de son mari? En d'autres termes la prescription est-elle suspendue pendant toute la durée de son usufruit?

On l'a soutenu, mais la Cour de Cassation par un arrêt déjà ancien, et malheureusement trop sommaire a rejeté cette opinion (1).

Un simple syllogisme peut résoudre la question. La prescription court contre toute personne, sauf exception légale, or la loi ne fait aucune exception puisque les seules qu'elle prévoit sont dans les articles 2258, 2082, 2087, 2252, 2253 et suivants, qui sont étrangers à notre hypothèse, donc il faut appliquer le droit commun.

On n'a pas manqué de soulever contre cette augmentation de nombreuses objections. Voici ce qu'on a soutenu :

1° Que la femme usufruitière possède le gage qui répond de la reprise, qu'elle touche les intérêts et que par conséquent la prescription ne peut courir contre elle, car toucher les intérêts est le signe de la possession.

M. Troplong répond fort justement que la femme avait le choix entre deux titres de jouissance. Elle

(2) Cass., 17 août 1819; D. Rep. V° *Prescrip. civ.*, n° 747; Aix, 21 avril 1836, *Ibid.*, V° *Cont. de mar.*, n° 4133; Paris, 4 avril 1845, D. P. 45, 4, 406.

pouvait à son gré jouir comme usufruitière ou comme propriétaire. L'adoption d'un titre exclut l'autre.

M. Proudhon fait donc erreur lorsqu'il prétend que la femme se paie à elle-même les intérêts qu'elle pourrait exiger d'un autre. Non, car elle a renoncé pendant toute la durée de l'usufruit à se payer de ses intérêts, elle se comporte seulement comme usufruitière. En effet « pour que la femme nantie des fruits en vertu de
« sa jouissance pût être censée opérer sur elle-même
« ce circuit d'actions, il faudrait qu'après la perception
« des produits de la chose, elle restât encore créancière
« re des intérêts de sa dot à prendre sur ces mêmes
« produits (1) » mais ce droit se trouve évidemment épuisé par l'exercice de l'usufruit;

2° Cette objection résolue, il sera facile de réfuter l'argument tiré de l'analogie de situation avec le créancier antichrésiste. D'abord y eût-il analogie que la disposition étant exceptionnelle ne saurait s'étendre ; ensuite l'analogie n'est qu'apparente.

Le débiteur qui laisse jouir de son immeuble le créancier antichrésiste, consent à cette jouissance, il y consent d'une façon permanente et continue ; il aurait un moyen de l'empêcher, ce serait d'acquitter l'obligation principale, mais il préfère la perpétuer, en laissant imputer les fruits de son bien sur les intérêts de sa dette, qu'il en soit à sa volonté ! Mais son acquiescement empêchera la prescription (art. 2248).

Bien autre est le cas de l'usufruitier. Le titre d'usufruit de la femme est indépendant de son titre de

(1) Troplong, *Prescrip.*, II, n° 722.

créance. L'un peut s'exercer sans l'autre. Le fait de jouir comme usufruitière n'implique aucunement la reconnaissance par le débiteur du droit de la femme. Ce qu'il reconnaît, c'est qu'elle est usufruitière, il n'a pas à reconnaître son droit de créance, puisqu'elle n'a encore émis aucune prétention à cet égard. Est-ce qu'en matière d'usufruit il y a un débiteur ? Il y a une chose dont jouit l'usufruitier. Le caractère de droit réel exclut même l'idée d'une créance ;

3° On n'a pas été plus heureux en invoquant une analogie avec l'héritier bénéficiaire.

Pourquoi, dit-on, la prescription ne court elle pas contre l'héritier bénéficiaire ? — Parce qu'il possède. Le raisonnement est spécieux. Voyons comment possède l'héritier bénéficiaire. Il est à la fois débiteur et créancier d'une succession, c'est-à-dire de lui-même. Il se doit donc des intérêts, qu'il est censé se payer à chaque échéance, et par suite il reconnaît à chaque échéance la conservation de son droit. Tel est le motif de l'article 2258.

Mais rien de semblable en matière d'usufruit. L'usufruitier universel ne représente pas le débiteur, ce sont deux personnes distinctes et indépendantes, il n'administre pas les biens du débiteur, et ne se paie pas des intérêts, il perçoit des fruits. Dès lors il ne saurait se reconnaître à lui créancier la conservation de sa créance, puisque cette reconnaissance doit émaner du débiteur.

Sans compter que l'argument d'analogie ne vaudrait pas plus dans cette hypothèse que dans la précédente ;

4° Enfin on cherche le salut dans un quatrième argument tiré de l'article 612 (C. civ.)

Aux termes de cet article, l'usufruitier d'une succession comprenant un passif qui veut jouir des biens de cette succession, peut, en payant les dettes, empêcher qu'il soit rien distrait à l'actif. Or, dit-on, nous sommes dans ce cas, la femme usufruitière se paie à elle-même jusqu'à la fin de l'usufruit, époque à laquelle elle pourra exercer le recouvrement de ses reprises, et la prescription ne lui sera pas plus opposable qu'à l'usufruitier qui en vertu de l'article 612 avait fait à la succession l'avance de son passif.

A première vue l'argument est séduisant. Mais il ne résiste pas à un examen sérieux. En effet l'usufruitier d'une succession fait une avance à cette succession, ce qui suppose de sa part un déboursé effectué; la loi lui en interdit la répétition avant la fin de l'usufruit, et comme il serait inique que empêché d'exercer ses droits il les perde par un laps de temps, la prescription est suspendue. Y a-t-il rien de commun avec la situation de la femme usufruitière ? 1° Elle ne débourse rien du tout ; 2° loin d'être obligée de prendre un parti : payer ou subir une diminution de l'actif, elle ne dit rien. Présumer qu'elle renonce en ne réclamant pas son paiement, c'est aller bien loin, car aucun texte ne prononce cette déchéance ; 3° Quoi qu'usufruitière elle peut agir en recouvrement de ses reprises, et comme elle est créancière de dettes à la charge de la propriété sur laquelle elle exerce son usufruit, qu'on remarque qu'elle n'y perdra rien, puisqu'elle percevra comme propriétaire les fruits qu'elle

perdra comme usufruitière. Donc nul intérêt pour elle à faire une avance, nulle nécessité de la présumer, et par suite aucun besoin de suspendre la prescription pour en assurer la répétition, qu'elle est maîtresse d'exercer quand il lui plaît.

Cette considération est si vraie que M. Proudhon n'a pu éviter la contradiction avec lui-même.

Il donne à l'article 612 les mêmes motifs que nous :
 « L'usufruitier, dit-il, est bien le maître de ne pas
 « offrir l'avance des paiements. Mais une fois qu'il
 « s'est décidé à prendre parti, *il est obligé d'attendre*
 « *son remboursement*, jusqu'à la fin de son usufruit,
 « puisque la loi ne lui accorde aucun droit de répétition
 « jusqu'à cette époque. » (1)

En est-il de même de la femme ? Écoutons le même auteur : « Sans doute on ne peut pas dire que la veuve
 « Saintard, *n'eût pu demander le remboursement de sa*
 « *dot durant son usufruit*, ET QUE SON ACTION N'ÉTAIT
 « PAS OUVERTE A CE SUJET. » (2).

Quant à dire que le paiement des intérêts a lieu *brevi manu* par l'usufruit, c'est, comme nous l'avons dit, ce qu'il y a de plus faux. L'usufruit donne ce que le droit de propriété eût donné mais ne donne pas, puisque les fruits sont déjà perçus à un premier titre, et qu'on ne saurait en invoquant deux titres contradictoires les toucher deux fois (3).

(1) IV, n° 1905.

(2) II, n° 760.

(3) Dans notre sens : Troplong, *loc. et op. cit.*, Coulon, *op. cit.*, g. 105, p. 357 et s.; Cass., 17 août 1819, déjà cité; *Contra*, Proudhon, *loc. et op. cit.*; Bourges, 13 janv. 1861.

SECTION II

Récompenses dues par le mari.

§ 1. *A quel moment l'action peut-elle être intentée ?*

Ces reprises se composent de deux sortes : ce sont d'abord celles dues personnellement par le mari à raison du profit qu'il a tiré des biens de la femme, nous en avons donné plusieurs exemples (1) ; ce sont aussi les récompenses que le mari ne doit que subsidiairement, soit que la femme ait renoncé à la communauté, soit que l'ayant acceptée, elle se soit trouvée insuffisante pour la payer. Ces dernières ne peuvent être réclamées au mari qu'autant qu'elles pouvaient être réclamées à la communauté, c'est dire que l'action ne sera pas ouverte avant la dissolution de la communauté. C'est logique puisque la femme doit discuter la communauté avant de s'adresser au mari ; il y aussi une autre raison déjà exposée, c'est que la communauté devant mettre fin aux rapports sociaux des époux, il faut attendre cette époque.

Sur l'époque à laquelle peuvent être réclamées les récompenses dues directement d'époux à époux on est moins d'accord. Ce ne sont pas en effet de véritables

(1) *Supra*, p. 280 et suiv.

reprises, telles que celles de l'article 1433, mais des créances comme d'autres, régies par les règles du droit commun entre débiteur et créancier. Or le droit commun c'est qu'une action est ouverte toutes les fois qu'un droit est exigible, il suffit donc qu'un principe de créance soit né au profit d'un époux pour qu'il puisse agir contre son conjoint : « De quoi s'agit-il, dans l'article 1478 ? dit M. Laurent. La loi dit sur quels biens s'exercent les créances personnelles des époux. Elles ne s'exercent pas par voie de récompense ou de prélèvement sur la communauté, puis-que l'époux n'est pas créancier de la communauté ; créancier personnel, on lui applique le droit commun, d'après lequel les biens du débiteur sont le gage de ses créanciers. Le texte laisse donc la question entière, et on doit la décider d'après les principes. Or tout créancier a le droit d'agir contre son débiteur : le droit d'action constitue l'essence de la créance. Pourquoi l'époux créancier ne pourrait-il pas agir ? On dit que les créances ne peuvent s'exercer avant le partage, parceque jusque là on ne sait pas quels sont les droits de l'époux débiteur de la communauté. Sans doute l'époux créancier ne peut pas poursuivre son droit sur la part de son débiteur dans une communauté qui n'est pas dissoute, mais si l'époux débiteur a des biens personnels, l'objection tombe ; dès lors on reste dans le droit commun » (1).

L'argumentation est vigoureuse, elle n'est pas irréfutable. La tradition d'accord avec le texte semblent la

(1) XXII, n° 543.

condamner. « *Après le partage consommé*, si l'un des « époux est créancier, etc... » dit l'article 1478, et Pothier disait aussi : « Il y a des créances que l'un « des conjoints a quelquefois *lors de la dissolution de* « *la communauté*, non contre la communauté, mais « contre l'autre conjoint. » (1).

Il est en effet bien préférable d'attendre, pour les créances comme pour les reprises contre la communauté, que la rupture du mariage ait rendu définitive la situation respective des époux, sinon on s'exposerait à les voir batailler successivement l'un contre l'autre, ce qui n'irait pas sans un grand scandale et sans compromettre la dignité et l'harmonie du ménage (2).

« Avant de liquider ce que les époux se doivent « respectivement et personnellement, dit M. Troplong, « il fallait liquider la communauté dans laquelle ils « ont été engagés. Les affaires de cette communauté « sont distinctes de leurs affaires propres; c'est une « tierce personne, qui peut leur devoir, ou dont ils « peuvent être les débiteurs. Pour savoir quel est « l'actif qui peut faire face à leurs dettes personnelles, « il était donc nécessaire de constater ce qu'ils avaient « à prendre dans la communauté : de là la nécessité « imposée par l'article 1478 de ne passer au règlement « des créances personnelles des époux l'un contre

(1) *Traité de la Communauté*, n° 676.

(2) Paris, 1^{er} août 1820, S., C. N. VI, 2, 300; Bordeaux, 6 mai 1848, S., 49, 2, 609; Rodière et Pont, II, n° 963; Aubry et Rau, V. § 512, texte et note 7, p. 372; Guillouard, II, n° 1024.

« l'autre qu'autant que le partage de la communauté est effectué. » (3).

Il ne faudrait pas cependant que le désir de concorder aille jusqu'à faire sacrifier les droits de la femme. Il nous paraît certain qu'elle pourra toujours durant la communauté prendre toutes mesures conservatoires pour assurer le recouvrement de sa créance, par exemple se faire colloquer éventuellement au rang de son hypothèque légale sur les biens vendus de son mari. Nous l'avons admis pour les reprises contre la communauté, il y a ici la même raison de décider (1).

§ 2. — *Qui peut intenter l'action ?*

L'action compète évidemment au créancier, c'est-à-dire à la femme, sauf aux créanciers à agir en vertu de l'article 1166, comme nous l'avons déjà dit. Ils pourront aussi sans attendre la dissolution de la communauté, exercer les droits de leur débitrice au cas de faillite ou de déconfiture du mari.

§ 3. — *A quelles conditions peut être intentée l'action ?*

Il faut que la femme soit créancière, et qu'elle prouve la cause de sa créance. Or, soit que l'action de la fem-

(3) Troplong, III, n° 1700.

(1) Guillouard, II, n° 1025 et les autorités citées.

me ne s'exerce que subsidiairement, soit qu'elle s'exerce directement, elle devra faire la preuve ; dans le premier cas on suivra les règles exposées au précédent chapitre, car le changement de débiteur ne peut ajouter aucun droit au créancier. Ici ne se présentera pas la controverse sur le point de savoir si la femme doit établir que le mari a reçu le prix du bien de la femme, car étant un débiteur comme un autre, il doit être traité comme un emprunteur vis-à-vis de son prêteur. La femme devra donc prouver la tradition des espèces aux mains de son mari, ou d'un tiers pour lui.

§ 4. — *Contre qui l'action doit elle être intentée ?*

Soit que la femme ait renoncé à la communauté, soit que l'ayant acceptée elle exerce après partage son recours contre son mari, soit qu'elle poursuive le remboursement des créances dues personnellement par celui-ci, c'est toujours à la personne qu'elle s'adresse, et en dehors de tout partage ; donc la règle *actor sequitur forum rei* recevra son application, c'est devant le tribunal du domicile actuel du mari qu'il faudra porter l'action.

Nous croyons, en admettant que l'action soit possible avant le partage pour les créances personnelles des époux l'un envers l'autre, que c'est encore la même règle qui doit être suivie, car ce n'est pas une

opération de liquidation, mais une action ordinaire, soumise à la compétence de droit commun.

§ 5. — *Comment s'exercent les reprises ?*

Quand la femme exerce ses reprises contre la communauté nous avons vu que le Code, sans la destituer de sa qualité de créancière ordinaire, lui faisait une situation privilégiée. Jouira-t-elle de la même faveur quand elle agira contre son mari ?

D'abord en ce qui concerne les créances personnelles contre son mari, on ne saurait l'admettre, car le paiement en nature est un privilège exceptionnel, accordé à raison de certaines créances, qu'on ne peut donc étendre à d'autres.

Quant au recours subsidiaire de la femme acceptante, ou à l'action directe de la femme renonçante, on pourrait peut-être hésiter, et dire que le privilège de l'article 1471 est attaché à la créance elle-même, sans distinction de la qualité du défendeur, et faire observer en outre que ce sont les mêmes biens que la femme prélèvera, les biens de communauté passés dans le patrimoine du mari.

La lecture de l'article 1471 ferait justice de cette doctrine. Il est bien certain que ce texte est inapplicable à la femme renonçante. En effet, il prévoit toujours une acceptation de communauté : 1^o puisqu'il accorde un droit de priorité à la femme, inintelligible si la femme ne lutte pas avec le mari ; 2^o il dit fort explicitement

que les prélèvements s'exercent sur les biens *de communauté*, or il n'y a de communauté que par l'acceptation de la femme. Rien dans l'article 1471 ne fait supposer qu'il puisse s'agir d'une femme renonçante.

Supposons maintenant le recours subsidiaire d'une femme qui a partagé la communauté. L'article 1478 règle ce cas. Or : 1° Ce texte ne parle pas du privilège de l'article 1471 même pour y renvoyer, et ce silence est significatif ; 2° Il confond à dessein les biens échus après partage au débiteur et ses biens personnels, et comme on ne saurait admettre un prélèvement sur les biens personnels du débiteur, il en est de même de la part provenue de la communauté. Il y a une raison plus haute, c'est que le prélèvement est une opération de liquidation, et que dans ces deux cas, ou il n'y a pas de liquidation possible, ou cette liquidation est terminée. Et puis est-ce que les privilèges de l'article 1471 ne sont pas un dédommagement à la responsabilité née de l'acceptation, de quel droit la femme renonçante les invoquerait-elle ? Pour ceux qui trouvent le fondement du texte dans un prétendu droit de copropriété, il y aurait cette autre raison, que pour la femme renonçante il n'y a jamais eu de copropriété des biens de communauté. Quant à la femme acceptante qui a négligé de faire valoir ses droits avant la clôture du partage, qu'elle s'en prenne à elle-même, *jura vigilantibus scripta sunt*, il serait tout à fait intolérable pour le mari de rester indéfiniment sous le coup d'une action rescisoire des aliénations qu'il consentirait sur les

biens de communauté (1). Remarquons que cette dernière observation n'a de valeur que dans l'opinion de la jurisprudence qui refuse au prélèvement le caractère translatif de propriété, et nous avons adopté une solution contraire (2).

Mais rien n'empêche évidemment les époux de se payer par voie de dation en paiement si tel est leur agrément, l'opération serait définitive (3).

Nous croyons aussi que la femme pourrait par contrat de mariage stipuler que, même en renonçant à la communauté, elle pourrait exercer ses reprises sur les biens en provenant, et sur ceux de son mari, sans que néanmoins elle puisse critiquer les aliénations qu'il aurait faites de ses biens, car l'inaliénabilité ne saurait être stipulée en dehors du régime dotal et seulement pour les biens de la femme.

Si après le partage les époux se trouvaient réciproquement créanciers l'un de l'autre, la compensation s'opérerait à due concurrence, et non seulement pour les créances personnelles d'époux à époux, mais encore pour celles des époux vis-à-vis de la communauté. En effet, le partage étant terminé, les créances contre la communauté sont devenues des créances personnelles, les conditions de la compensation légale se

(1) Lyon, 12 avril 1867, S., 68, 2, 15; Rodière et Pont, II, n° 1190; Aubry et Rau, V., § 511, texte et note 36, p. 356; Colmet de Santerre, VI, n° 154 bis, III; Laurent, XXII, n° 318; Guillouard, II, n° 971.

(2) *Supra*, p. 241 et s.; 316 et s.

(3) Cass., 15 juillet 1867, S., 68, 1, 13; Guillouard, *op. et loc. cit.*

trouvent donc révolues; d'autre part l'obstacle de l'article 1471 (1^{er} alinéa) est levé puisque les privilèges de ce texte ont cessé à la clôture du partage.

§ 6. *Effets de l'action en reprise.*

Le seul droit de la femme est d'exiger une somme d'argent. Toutefois si d'un commun accord les époux avaient réglé leurs créances au moyen de dations en paiement, on appliquerait ce que nous avons dit plus haut relativement aux conséquences de cette opération (1).

Cependant la femme renonçante pourrait évincer les tiers qui, ayant acquis des droits réels sur l'immeuble ainsi donné, auraient négligé de les faire transcrire avant elle. C'est le retour au droit commun.

Nous retrouvons ici la question des intérêts. Faut-il une mise en demeure préalable, ou bien courent-ils de plein droit à dater de la dissolution de la communauté?

Une distinction s'impose :

A. — L'objet de l'action est une reprise contre la communauté, exercée par une femme renonçante.

Une opinion soutient que les intérêts ne courent

(1) *Supra*, p. 316 et suiv.; V. aussi Cass., 8 fév. 1858, S., 58, 1, 268; Cass., 3 et 24 août 1858, S., 58, 1, 711; Cass., 24 déc. 1860, S., 61, 1, 189; Cass., 30 nov. 1867, S., 70, 1, 136; Rodière et Pont, II, n° 1203; Aubry et Rau, V., § 511, texte et note 37, p. 366; Laurent, XXII, n° 541; Guillouard, II, nos 971 et 972.

qué du jour de la demande. L'article 1473, dit-on, déroge au droit commun, on ne saurait donc l'étendre, or comme il ne s'occupe que des créances contre la communauté, il est étranger à la reprise d'une femme qui n'a jamais été commune (1).

Nous croyons au contraire qu'il n'y a pas à distinguer entre la femme renonçante et la femme acceptante :

1° Les motifs sont les mêmes dans les deux cas ; il faudra toujours attendre la liquidation pour savoir si la femme est créancière ou débitrice de reprises, elle ne pourra pas agir avant, et la raison d'équité que nous avons indiquée subsiste. Qu'on remarque aussi que ce n'est qu'après qu'elle connaîtra les forces de la communauté que la femme pourra prendre parti ; la priver des intérêts de ses reprises pendant toute la durée de la liquidation, c'eût été lui retirer d'une main ce qu'on lui donnait de l'autre ;

2° Le texte se prête à notre interprétation « Les « emplois et récompenses dûs par la communauté, « dit l'article 1473...., emportent intérêts du jour de « la dissolution de la communauté. » Pas de distinction suivant le parti que prendra la femme : « Tout ce « qui est dot ou tient lieu de dot, disait Lebrun, doit « se restituer avec intérêts », et il serait inexact de dire que le mot de communauté employé par le Code écarte la femme renonçante, car il s'agit ici des con-

(1) Nancy, 29 mai 1828, S., O. N. IX, 2, 88 ; Marcadé, V., art. 1473 ; Colmet de Santerre, VI, n° 134 bis, VI.

séquences d'une communauté de fait, d'une confusion de patrimoines, qui ne peut pas ne pas avoir existé.

On dit encore, il est vrai, que notre texte est placé sous la rubrique : *Du partage de la communauté après l'acceptation*. La réponse est facile, si le législateur a placé dans cette section l'article 1473, c'est qu'il avait sa place indiquée après les articles 1470, 1471 et 1472 qui organisent la matière des reprises, et comme les prélèvements ne sont possibles qu'au cas d'acceptation, il eût été au moins illogique de les renvoyer à la section suivante : *De la renonciation à la communauté et de ses effets*.

L'induction qu'on prétend tirer de la place de l'article 1473 est d'ailleurs singulièrement infirmée par cette observation que les articles 1478 et 1479 sont renfermés dans la même section, et supposent cependant un partage consommé, ou une action qui s'exerce indépendamment des résultats de tout partage (1).

Enfin il n'est pas possible que l'on retourne contre la femme une faculté qui n'a été introduite qu'en sa faveur (2).

B. — L'objet de l'action est encore une reprise contre la communauté, mais dirigée *après partage* par une femme acceptante subsidiairement contre son mari.

(1) Cass., 3 fév. 1835, S., 35, 1, 283; Cass., 9 fév. 1870, S., 70, 1, 299; Troplong, III, n° 1708; Rodière et Pont, III, n° 1577; Aubry et Rau, V., § 511, texte et note 14, p. 358-359; Guillouard, II, nos 974 et 975.

(2) Caillemet, *Des intérêts sous le Code Napoléon*, thèse pour le doctorat, p. 134 et suiv., n° 33.

Nous croyons qu'il faut décider de la même manière que c'est du jour de la dissolution de la communauté que courront les intérêts, car il y a les mêmes motifs. A la vérité, la femme en tardant à exercer son action, se fera payer ses intérêts à un taux supérieur à celui que donnent la plupart des placements même avantageux. Si le mari veut éviter cet inconvénient, il n'a qu'à faire des offres, sitôt la créance de sa femme liquidée, s'il ne les fait pas, comme il jouit de son capital, il est juste qu'il lui en rembourse les intérêts.

C. — L'objet de l'action est une créance personnelle de la femme contre son mari.

L'article 1499 tranche la question : Ces créances ne portent intérêts que du jour de la demande en justice. Le motif, c'est peut-être qu'elles sont moins nombreuses que les autres, et qu'il ne sera pas besoin pour les régler d'une liquidation bien longue ou compliquée. C'est aussi qu'à cause de leur rareté elles se recommandaient moins à la sollicitude du législateur, et qu'elles ont au plus haut degré le caractère de créances ordinaires.

Dans le système que nous avons admis les intérêts ne pourront jamais courir avant la dissolution de la communauté, puisque toute poursuite est impossible avant cette époque (1).

(1) Rodière et Pont, II, n° 967 ; Caillemet, *op. cit.*, n° 34, p. 137 ; Guillouard, II, n° 1027 ; de Folleville, I, n° 348 *bis*, p. 383.

M. Laurent est conséquent avec lui-même, sinon avec le Code, en admettant que ces intérêts peuvent courir même pendant la communauté. Cependant la communauté est usufruitière ! (1)

La soulte que resterait devoir un des conjoints à l'autre ou à ses héritiers, après le partage de communauté, produirait-elle intérêts de plein droit ?

La question peut se poser dans tous les partages. La Cour de Bruxelles a jugé que les intérêts étaient dûs en vertu de l'article 1652.

M. Guillaouard combat cette opinion par la raison que c'est l'article 1479 qui doit être appliqué en l'espèce, « Cette créance est au premier chef une créance personnelle à l'un des époux contre l'autre, puisqu'elle est née après la dissolution de la communauté, qu'elle est née du fait même du partage : il n'y a donc aucun motif pour la soustraire au droit commun. »

Certes nous admettons bien que la créance due à titre de soulte est une créance personnelle, mais, est-ce que le prix d'une vente n'est pas aussi une créance personnelle régie par l'article 1153, dont l'article 1479 n'est qu'une application, et, si la loi déroge au droit commun de l'article 1153, n'a-t-elle pu déroger à celui de l'article 1479 ?

Non répond notre savant professeur, l'article 1652 est écrit pour la vente, non pour le partage, et

(1) XXII, n° 547.

« comme il déroge à la règle de l'article 1153, il doit être interprété limitativement. » (1)

Nous ne le croyons cependant pas. L'analyse de l'opération, qui donne naissance à la soulte, révèle à ne pas s'y méprendre le caractère de vente : « Attendu « dit la Cour de Bruxelles, qu'aux termes de l'article « 1652, C. Nap., l'acheteur doit l'intérêt du prix de la « vente jusqu'au paiement du capital..., si la chose « vendue et livrée produit des fruits ou autres reve- « nus ; — que la loi 13 § 20, f. f. *De act. emp.*, dont « ledit art. 1652 n'est que la reproduction, appuie le « principe de cette considération d'équité : *nam cum « re emptor fruatur, æquissimum est cum usuras « pretii pendere* ; — que le même motif est applicable « au cas d'une soulte stipulée dans un partage de « biens produisant fruits ou intérêts, et qui, dans « le vrai, n'est, mais en d'autres termes que le prix « d'une vente de l'excédent d'un lot sur un au- « tre... » (2)

Le principe d'équité tiré de la loi romaine fait justice de la dernière objection à notre théorie, à savoir que le créancier de la soulte peut facilement agir, la communauté étant dissoute, et qu'il est par suite inutile de lui faire une situation privilégiée. Il n'y a aucun privilège. Les intérêts compensent les revenus ; s'il n'en était pas ainsi, que le débiteur offre le capital pour arrêter le cours des intérêts (3).

(1) II, n° 1028 ; Troplong, *Priv. et Hyp.*, act. 2103, n° 240.

(2) 13 juin 1821, D. Rép. v° *Cont. de mar.*, n° 1809.

(3) Vazeille, art. 833, n° 5 ; Rolland de Villargues, v° *Intérêts*, n° 45 ; Dutruc, n° 451 ; Laurent, X, n° 332.

Disons enfin que toute autre solution serait incompatible avec l'opinion admise par nous que le prélèvement est une dation en paiement. Notre opinion est donc seule possible lorsque le prélèvement se fait non plus en vertu de l'article 1471, mais d'un commun accord entre les époux, car ici le caractère de dation en paiement ne peut même plus se discuter. Or la dation en paiement est bien une vente et non un partage.

C'est du jour de l'acte du partage, ou de la mise en possession de l'héritier, et non du jour de l'exigibilité de la soulté, comme l'a jugé la Cour de Bruxelles, que courent les intérêts de la soulté. C'est juste puisque ces intérêts sont une compensation à la privation de jouissance. On le décide ainsi au cas de vente ; lorsqu'il a été accordé un terme à l'acheteur, il n'en doit pas moins les intérêts du jour du contrat, il n'y a aucune raison de déroger à cette règle (1).

L'article 1479 cesserait encore d'être applicable si l'un des époux avait contre l'autre une créance antérieure au mariage et productive d'intérêts, ces intérêts recommenceraient à courir de plein droit du jour de la dissolution de la communauté. Il serait même plus logique de dire que ces intérêts n'ont pas cessé de courir, mais sont tombés dans la communauté comme tous les revenus des propres. Du jour de la dissolution de la communauté l'époux recouvre l'usufruit

(1) Duranton, XVI, n° 340 ; Troplong, *Vente*, II, n° 599.

de ses biens et par conséquent acquiert les intérêts (1).

Enfin, avant de terminer, nous nous demanderons si la création de reprises fictives, d'époux à époux, tombe sous la répression de l'article 1477, comme la création de reprises fictives sur la communauté. Non car toute pénalité est rigoureusement limitée au cas pour lequel elle est édictée, et l'article 1477 ne prévoit qu'une fraude à la communauté.

§ 7. — *Garanties de l'action. — Hypothèque légale*

Nous avons étudié dans la précédente section des diverses garanties destinées à assurer à la femme le recouvrement de ses reprises contre la communauté. Nous avons vu qu'on avait disposé : 1° que la femme qui avait de justes sujets de voir s'augmenter l'insolvabilité de la communauté, pouvait en hâter la dissolution ; 2° que cette communauté étant dissoute, la femme écartait son mari jusqu'à ce qu'elle ait été payée intégralement ; 3° enfin que si les biens de la communauté ne pouvaient pas y suffire, elle conservait une action directe frappant les biens de son mari, et que pour assurer l'efficacité de ce recours on lui avait donné une hypothèque légale, la protégeant contre les créanciers du mari sur les immeubles.

(1) Guillouard, II, n° 1029.

Quand la femme agit contre son mari, en vertu d'une créance personnelle, née des rapports d'époux à époux et non de leurs rapports avec la communauté, nous croyons :

Que la femme peut demander la séparation de biens pour ces créances comme pour les autres. Conséquence de l'impossibilité d'agir pendant le mariage. Cette séparation peut être demandée même en vue de recouvrer une créance d'origine antérieure au mariage : *Eadem est ratio*. Il y a une autre raison au moins aussi décisive, c'est que le seul fondement de la séparation de biens réside dans l'insolvabilité probable du mari, donc on n'a point à considérer la nature de la créance de la femme, mais seulement les agissements du mari.

La femme a également hypothèque sur les biens du mari pour l'exercice de ses créances personnelles contre lui, et comme cette hypothèque ne sera possible que sur ces biens, ce qui suppose, soit une femme renonçante, soit un recours subsidiaire de femme acceptante, après partage, contre son mari, nous avons réservé pour la traiter à cette place la question de l'hypothèque légale.

Trois questions vont être à étudier à cet égard :

1^o Quelles créances sont garanties par l'hypothèque légale ?

2^o Quel rang faut-il donner à cette hypothèque ?

3^o Quels biens sont frappés par elle ?

I. — *Quelles créances sont garanties par l'hypothèque légale ?*

« L'hypothèque légale existe, dit l'article 2135 :

« 1^o.... 2^o au profit des femmes pour raison de leurs
« dot et conventions matrimoniales, sur les immeubles
« de leur mari et à compter du jour du mariage.

« La femme n'a d'hypothèque pour les sommes
« dotales qui proviennent de successions, à elle échues,
« ou de donations à elle faites, qu'à compter de l'ouver-
« ture des successions ou du jour que les donations eu
« ont leur effet.

« Elle n'a d'hypothèque pour l'indemnité des dettes
« qu'elle a contractées avec son mari, et pour le
« remploi de ses propres aliénés, qu'à compter du jour
« de l'obligation ou de la vente..... »

La disposition contenue au premier alinéa du texte précité est évidemment étrangère à notre sujet, puisque, sous le régime de communauté, la dot entendue dans son sens large, c'est-à-dire les apports de la femme, ne reste propre à la femme que si elle est immobilière, et alors c'est par la revendication que s'en opérera la restitution si les biens existent encore en nature, il n'y a donc pas alors d'hypothèque, puisque l'hypothèque est l'accessoire d'une créance. De même les conventions matrimoniales supposent un régime de communauté conventionnelle, dont nous n'avons pas à nous occuper.

Les second et troisième alinéas peuvent seuls nous intéresser : le second suppose une donation échue à la femme durant la communauté, donation d'une somme d'argent, restée propre en vertu de l'acte lui-même.

Le troisième est vraiment le siège de la matière ;

il prévoit deux catégories de récompenses, les plus nombreuses, le prix des propres aliénés et celles dues à la femme qui a payé la dette de la communauté, l'hypothèque en garantit le recouvrement sans qu'on ait à considérer si le paiement a été volontaire, ou fait en exécution d'un jugement, car il y a la même raison de faveur dans les deux cas (1).

Cependant elle serait déchuë de son hypothèque si elle ne s'était obligée qu'en vue de frauder les droits des créanciers de son mari (2). « *Fraus omnia corrumpit.* »

A cette catégorie faut-il rattacher les intérêts des reprises dues de ce chef ? Oui. D'abord parce qu'eux-mêmes constituent des reprises ; ensuite parce que c'est un principe certain pour les hypothèques conventionnelles, et que l'hypothèque légale mérite la même faveur. La femme pourra par l'hypothèque légale se faire colloquer pour le capital et tous les intérêts échus depuis la dissolution de la communauté ; l'article 2151, qui limite à trois années la collocation de plein droit, sera inapplicable par la raison qu'il suppose une hypothèque soumise à la formalité de l'inscription, dont celle de la femme est dispensée (3).

Certes ce système ne va pas sans un inconvénient assez grave ; un créancier dont l'hypothèque pourrait

(1) Cass., 29 août 1870, D. P., 70, 1, 353 ; Laurent, XXX, n° 337-338.

(2) Bruxelles, 26 déc. 1859, *Pasicrisie*, 60, 2, 327 ; Laurent, *op. cit.*, n° 359.

(3) Bordeaux, 3 fév. 1829, D. Rép., v° *Priv. et Hypoth.*, n° 2418 ; Bourges, 23 mai 1829, *Ibid.* et *Oblig.*, n° 4763, 1^{re} ; Bordeaux, 10 août 1849, D. P., 52, 2, 102 ; Laurent, *Ibid.*, n° 362 et 363.

venir en rang utile d'après ses prévisions au jour du contrat verra plus tard le bien affecté à sa sûreté absorbé pour plus de sa valeur par l'hypothèque légale, et cela pour des intérêts échus postérieurement à sa créance. C'est la conséquence forcée de l'hypothèque légale. Il devait savoir que la créance de la femme était incertaine ; que s'il en redoutait l'aléa, pourquoi n'a-t-il pas obtenu la renonciation de la femme en sa faveur ? Le mal n'est d'ailleurs pas sans remède. S'il craint de voir augmenter démesurément les intérêts de la récompense, pour y mettre un terme il n'a qu'à faire saisir et vendre les biens du mari, et si ce moyen rigoureux lui répugne, il peut rembourser la femme qui, la communauté étant dissoute, ne pourrait refuser son paiement, et il sera ainsi subrogé de plein droit dans son hypothèque.

Nous croyons encore que les dépens, par exemple ceux de l'instance en séparation de biens, ou de la liquidation des reprises, jouiraient de la même sûreté, et cela pour les mêmes raisons ; ces frais étant l'accessoire de la créance dont ils ont servi à assurer la conservation. Il faudrait même, selon nous, bien que ceci soit plus douteux, étendre cette solution à la séparation de corps et au divorce, jugements qui, bien que se rapportant principalement aux personnes, amènent le même résultat que la séparation de biens quant au patrimoine. En supposant bien entendu que c'est la femme qui a triomphé (1).

(1) Laurent, *loc. et op. cit.*

Mais sont-ce là les seules créances qui puissent servir de cause à l'hypothèque, ou bien faut-il dire que toutes les indemnités, de quelle nature qu'elles soient, pour lesquelles la femme pourra réclamer une récompense, jouissent du bénéfice de l'article 2135. Par exemple : Les indemnités dues à la femme par le mari pour faits de mauvaise gestion. Nous croyons qu'il faut donner à notre texte la portée la plus générale. Dans cette espèce, M. Laurent donne la raison suivante que l'action en responsabilité de la femme est fondée sur les conventions matrimoniales (1). C'est peut-être vrai, mais nous voyons un autre motif. L'hypothèque est le contre-poids de l'omnipotence maritale, et les indemnités dues à raison de sa gestion par le mari sont bien les plus dignes d'être protégées. Remarquons aussi que le texte est conçu dans les termes les plus généraux : « Les droits et créances
« auxquels l'hypothèque légale est attribuée, sont,
« Ceux des femmes mariées sur les biens de leurs
« maris... » (art. 2121).

C'est ainsi que la Cour de Cassation annulant un arrêt de Poitiers, a jugé que l'hypothèque légale garantissait la créance due à la femme par le mari qui avait négligé de faire transcrire la donation *par lui faite à la femme*, évincée par des tiers acquéreurs de droits réels postérieurement au contrat (2).

La situation du mari était cependant favorable. Nous

(1) XXX, n° 347.

(2) Cass., 10 mars 1840, et Angers, 10 mars 1841, Dall., Rep., V° *Disp. entre vifs*, n° 1593, 2°.

croyons que la Cour de Cassation a bien fait de ne pas se laisser égarer par les raisons de sentiment qui avaient entraîné la Cour de Poitiers.

L'hypothèque de la femme mariée garantit-elle le recouvrement des créances contre le mari, comme celui des créances contre la communauté ?

Distinguons deux hypothèses :

PREMIÈRE HYPOTHÈSE. — La créance de la femme est antérieure au mariage.

Il faut nécessairement supposer qu'elle a été stipulée propre, sinon elle se serait éteinte par le fait du mariage. Nous croyons que la femme ne saurait invoquer l'hypothèque légale. La créance reste ce qu'elle était, chirographaire ou hypothécaire; mais l'hypothèque serait en ce dernier cas conventionnelle et non légale. La créance n'est pas née du mariage, et l'hypothèque légale n'a été faite que pour celles-là. Certes il y a pour la femme impossibilité d'agir durant le mariage, mais cela ne change rien à la nature de son droit.

Objectera-t-on que la femme se trouve à la discrétion de son mari, qui peut se rendre insolvable et la ruiner? La situation est fâcheuse, mais non désespérée, puisqu'il reste la ressource de la séparation de biens.

DEUXIÈME HYPOTHÈSE. — La créance de la femme est née pendant le mariage.

Ici nous croyons au contraire que rien ne s'oppose à la garantie de l'article 2121. On pourrait invoquer

contre nous les termes restreints de l'article 2135 qui ne parle que de reprises contre la communauté. Mais les motifs de l'article 2135 sont les mêmes que ceux de l'article 2121, leur valeur est adéquate. Or l'article 2121 se sert des termes très généraux de droits et créances contre le mari, et si l'article 2135 énumère quelques-uns de ces droits, ce n'est pas pour restreindre le principe posé, mais bien pour en régler l'application, surtout quant au rang que prendra l'hypothèque. La formule est donnée par M. Laurent en des termes très nets; « Quand on demande si la femme a une hypothèque légale, il n'y a qu'une chose à voir : A-t-elle une action contre le mari résultant des relations que le mariage établit entre les époux quant à leurs biens ? Or il est certain que la femme qui paye les *dettes de son mari* le fait comme femme mariée, dans l'intérêt *des affaires du mari*; donc elle jouit de sa garantie pour obtenir le remboursement de ses avances » (1).

Solution très équitable. La loi vient ainsi au secours de la femme en lui donnant un privilège que sa timidité et son état de dépendance l'empêcheraient la plupart du temps de demander à son mari (2).

II. — *Quel est le rang de l'hypothèque légale ?*

Le principe est facile à formuler et à justifier; l'hypothèque légale ne saurait en effet exister avant

(1) XXX, n° 358. La loi hypothécaire belge, n'ayant pas innové sur ce point, le commentateur le M. Laurent conserve toute son opportunité.

(2) Troplong, *Priv. et Hypoth.*, I, n° 374.

la naissance de la créance qu'elle est destinée à garantir, car il n'y a pas d'accessoire sans principal ; en outre les intérêts des tiers ne sont pas plus négligeables que ceux des époux, on ne peut donc, ni en raison, ni en équité, assigner à cette hypothèque un rang unique, sous peine, ou bien de rendre illusoire la garantie de la femme, si ce rang devait se fixer au jour de la dissolution du mariage, ou bien de consommer, au mépris de toute justice, la ruine des créanciers, s'il fallait lui faire primer les créances antérieures au mariage, comme le fit Justinien, ou même seulement celles des créanciers qui, bien que postérieurs au mariage, ont cependant acquis leurs droits avant elle.

Qu'on suppose en effet un mari qui depuis le mariage a grevé ses biens d'hypothèques pour leur valeur ; il a besoin d'argent, personne ne veut lui en prêter. Sa femme pourra lui en procurer bien facilement sans se compromettre, si son hypothèque remonte au jour du mariage. Elle s'obligera conjointement ou solidairement avec son mari, ou bien elle vendra un de ses propres, bien sûre de rentrer dans son fonds, car l'hypothèque qui lui en garantit le remboursement prenant rang par hypothèse du jour du mariage, primera celles consenties par le mari.

Nous dirons donc que l'hypothèque de la femme mariée prendra rang du jour de la naissance de son droit.

L'article 2135 a fait une juste application de notre règle quand il fixe au jour du mariage le rang de l'hypothèque, pour restitution de la dot — entendez

dot mobilière, et d'une somme d'argent. — On discute il est vrai, la question de savoir s'il faut prendre à la lettre les termes de l'article 2135 (1), ou bien s'en référer aux articles 2194 et 2195 qui font courir l'hypothèque du jour du contrat de mariage (2), nous n'entretons pas dans ce débat, étranger au régime de communauté légale, où les époux se marient sans contrat. Application logique encore, lorsqu'il fixe au jour de l'ouverture des successions et à celui où les donations recevront leur effet, le rang de celle qui assure la restitution des objets en provenant.

Quant au prix des propres, c'est au jour de la vente qu'il faudra remonter, car c'est à ce moment que la communauté est devenue débitrice du prix et qu'elle s'est par suite trouvée obligée à restituer.

Elle prendra rang, dit encore notre texte, au jour des obligations, lorsque la femme aura contracté avec son mari. Toutefois il vient un scrupule quand l'obligation sera passée par acte sous-seing privé, car la fraude sera trop facile : Il suffirait d'antidater l'acte pour donner à l'hypothèque un rang qu'elle ne méritait pas. Aussi croyons-nous que c'est seulement du jour où l'obligation aura acquis date certaine qu'il faudra donner rang à l'hypothèque (3). Les créanciers à qui la

(1) Troplong. *Priv. et Hyp.*, I, n° 579 ; Trib., Montpellier, 7 Janvier 1870 ; D. P., 71, 3, 8.

(2) Persil, art. 2135, § 2, n° 2.

(3) Liège, 28 déc. 1842 ; Dalloz. *Rép.*, v° *oblig.* n° 3996, et *Priv. et Hyp.* n° 924 ; Cass., civ., 5 fév. 1851, D. P., 51, 1, 14 et sur renvoi, Rouen, 24 mars 1852, D. P., 53, 2, 143 ; Agen, 21 mars 1851, D. P., 51, 2, 150 ; Rennes, 21 août 1851, D. P., 54, 5, 425 ; Douai, 29 janv. 57, D. P., 57, 2, 113, et sur pourvoi, motifs

femme oppose son hypothèque légale sont des tiers, et à ce titre, ils peuvent aux termes de l'article 1328 contester la dot de l'acte (1). Nous croyons même que le prescrit de l'article 2135 ne contredit pas cette manière de voir; il suppose que la date n'est pas contestée, et l'hypothèse que nous venons de résoudre n'est pas celle-là.

Mais quel rang donner à toutes les créances dont le Code ne parle point? Nous avons dit que le rang se fixait à la naissance de la créance. Cette opinion est loin d'être unanimement admise.

On lui fait d'abord une objection, c'est que le Code ne paraît pas s'être attaché à ce moment pour fixer le rang de l'hypothèque, puisque, en ce qui concerne la restitution de la dot, elle prendra rang non du jour de la réception des deniers, mais celui mariage ou du contrat de mariage.

Cette objection nous touche peu, car l'obligation de restituer naît précisément de ce jour, puisque c'est le contrat de mariage qui la détermine et en fixe la qualité. Le Code ne fait donc qu'appliquer la formule que nous avons donnée.

Néanmoins d'autres opinions se sont produites. L'une veut que ce soit du jour où est née la responsabilité du mari que prenne rang l'hypothèque. La conciliation avec notre formule est facile; car, quand la

de Cass., 15 mars 1859, D. P., 59, 1, 103; observ. conf., Dalloz, Rep., v^o oblig., n^o 3996, et *Priv. et hyp.*, n^o 923, et D. P., 51, 1, 14, note. — *Contra*: Orléans, 24 mai 1843, D. P., 48, 2, 185.

(1) Baudry-Lacantinerie, *Précis de Droit civil*, III, n^o 1387.

créance de la femme a pour cause la responsabilité du mari, c'est évidemment du jour où cette responsabilité a commencé à peser sur lui qu'est né le principe de la récompense. Qu'importe, quoi qu'on dise, que le moment précis où commence cette responsabilité soit quelquefois difficile à dégager ! L'application d'un principe certain ne saurait changer parce qu'elle est difficile. La sagacité des magistrats aura raison de cette difficulté.

On dit encore qu'en l'absence d'un texte formulant le principe, c'est à l'interprétation analogique qu'il faut recourir. Nous ne voyons pas ce que ce système a de bien contraire au nôtre, car des exemples du Code se dégagent un principe bien certain, or, soit qu'on prenne pour base d'interprétation les conséquences d'un principe, soit, qu'après avoir fait ressortir le principe, on le développe ensuite, il est évident que la conclusion ne saurait être différente.

Reste une dernière opinion, celle-là très absolue. Le projet primitif s'inspirant d'un motif analogue à celui qui a été admis pour les mineurs, assignait à l'hypothèque légale de la femme un rang unique pour toutes les créances contre son mari, c'est du jour du mariage qu'il les datait; citons le texte du projet : « L'hypothèque existe, indépendamment de toute inscription..... 2° Au profit des femmes pour raison de leurs dot et conventions matrimoniales, sur les immeubles de leur mari, et à compter du jour du mariage. » (1). L'article se terminait là. Il est donc

(1) Fenet, XXV, p. 336.

évident que l'idée du législateur a été à l'origine d'assigner un rang unique à notre hypothèque, et que les dérogations qu'on y a ajoutées ne sont que des exceptions. Ce qui achève la démonstration, ajoute-t-on, c'est que l'article 2135, après avoir posé dans son premier alinéa, en termes très affirmatifs, la règle formulée, et seule formulée dans le projet : que c'est du jour du mariage que prendra rang l'hypothèque pour la dot et conventions matrimoniales, prévoit les exceptions dans les suivants : « La femme N'A hypothèque pour les sommes dotales... Qu'A compter... » dit l'alinéa 2; « Elle N'A hypothèque pour les successions... Qu'A compter.... » dit l'alinéa 3; « elle N'A hypothèque pour l'indemnité des dettes.... » dit l'alinéa 4. Donc autant d'exceptions, qui supposent une règle, évidemment celle du projet; et comme les exceptions sont de droit étroit, c'est donc la règle qu'il faut appliquer. Donc toutes les créances prendront rang en principe au jour du mariage (1).

Cette argumentation est fort ingénieuse, mais renferme un vice d'interprétation.

Nous voulons bien que le principe ait été à l'origine ce que l'on dit, que le rang de l'hypothèque ait été fixé invariablement au mariage, mais le remaniement du texte prouve suffisamment qu'on ne s'y est pas arrêté; et ce n'est pas à un oubli qu'est due l'absence d'une formule dans nos textes, car la question de principe fut examinée « un mari serait donc le maître,

(1) Baudry-Lacantinerie, *op. cit.*, n° 1341.

« dit Treilhard, de dépouiller ses créanciers légitimes
 « en s'obligeant envers des prête-noms, et en faisant
 « paraître sa femme dans des obligations frauduleuses,
 « pour lui donner hypothèque au jour du mariage. I
 « conserverait ainsi, sous le nom de sa femme des
 « propriétés qui ne devaient plus être la sienne. » (1).
 Cela prouve jusqu'à l'évidence que la solution du rang
 unique n'avait pas l'unanimité des suffrages, si donc
 on ne la retrouve plus dans le Code, c'est qu'elle a été
 volontairement oubliée.

Si l'on consulte l'ancien droit qui a dû inspirer
 évidemment le législateur, on verra que la prétendue
 règle était loin d'être admise sans protestations par
 nos anciens; écoutons M. de Lamoignon: « Les hypo-
 « thèques données aux femmes du jour du contrat de
 « mariage ne sont pas régulières; car l'hypothèque
 « n'étant qu'accessoire de l'obligation personnelle,
 « ne peut selon les principes de droit, exister en un
 « temps auquel l'obligation personnelle n'est pas
 « encore conçue. » (2).

Et plus loin: « Dans le fond, l'hypothèque donnée
 « aux femmes du jour du contrat de mariage ou du
 « jour de la bénédiction nuptiale est fort incommode
 « au mari; car elle soumet l'état, la condition et la
 « fortune du mari au caprice et à la fantaisie de la
 « femme. Si elle refuse de s'obliger avec son mari,
 « un homme riche d'un million demeure sans crédit,
 « à cause que les premières obligations du mari,

(1) Locré, VIII, p. 247.

(2) II, p. 133.

« auxquelles la femme n'a point parlé, peuvent si
« elle change d'avis, être anéanties par des obliga-
« tions postérieures du mari ou de la femme, aux-
« quelles on donne du chef de la femme, une hypo-
« thèque du jour du contrat de mariage. Et supposé
« qu'il n'y ait point de mauvaise humeur de la part
« de la femme, si elle est mineure et incapable de
« s'obliger, le mari se trouvera dans l'impuissance
« d'emprunter dix écus, à cause des obligations que
« la femme, parvenue en majorité, pourra faire avec
« son mari, au préjudice et à la ruine des créanciers
« particuliers de son mari, quoi qu'antérieurs en
« hypothèque. » (1).

N'est-ce pas là le langage du tribunal? Croit-on que les rédacteurs du Code aient pu méconnaître le principe déjà proclamé aussi hautement, et cela pour en admettre un autre contraire à la plus vulgaire équité; et si l'on était tenté de répondre que c'est justement pour cette raison qu'ont été admises les exceptions dont on a parlé, nous reconnaitrions que les dispositions du texte peuvent bien avoir ce motif mais que c'est aussi par esprit de prudence que le législateur a refusé de poser une règle unique. Il faut alors suppléer son silence, et comme la règle la plus logique, c'est qu'ordinairement l'accessoire naît avec le principal, nous ne voyons pas de raison d'y déroger en cette occasion. Cette règle devra donc s'appliquer aussi bien aux créances de la femme contre son mari, qu'à ses créances sur la communauté.

(1) V. aussi Mornac, sur la loi 9. Dig., *qui potior*.

Pourrait-on au moins déroger à notre règle par contrat de mariage et stipuler par exemple que l'hypothèque prendrait rang dans tous les cas à compter du mariage ? Delvincourt et Dalloz se prononcent pour la validité d'une pareille convention, par la raison que les tiers peuvent toujours consulter le contrat de mariage (1).

Nous préférons l'opinion contraire professée par M. Troplong. Comme le dit le savant auteur « l'article « 2135 a été rédigé pour faire disparaître une source « de fraudes et remédier à un usage odieux. Or les « tribunaux ne doivent pas tolérer des conventions qui « favorisent des fraudes, et qui, par conséquent sont « contraires aux bonnes mœurs. (2) »

Nous avons admis plus haut que la garantie de l'hypothèque légale s'étendait aux intérêts des créances de la femme contre son mari ou la communauté. Une question doit être résolue. Quel rang assigner à l'hypothèque pour ces intérêts ? Ils ne courent, on le sait, que du jour de la dissolution du mariage, or, s'il fallait suivre bien rigoureusement la règle posée plus haut, il faudrait assigner à l'hypothèque autant de rangs qu'il y aurait d'échéances d'intérêts. Nous croyons néanmoins qu'il faut admettre une solution plus favorable à la femme. Les intérêts sont dûs à titre d'accessoire, c'est à ce titre qu'ils sont privilégiés,

(1) Orléans, 31 août 1825, et sur pourvoi. Req., 21 fév. 1829, Dalloz, Rep., v^o *Priv. et Hyp.* n^o 925.

(2) *Priv. et Hyp.*, I, n^o 588 *bis* ; Grenoble, 7 mars 1868, D. P., 68, 2, 71.

puisqu'ils ont une cause postérieure au mariage. La cause qui les fait bénéficier de l'hypothèque peut bien les faire bénéficier du rang de cette hypothèque. C'est à cette opinion que nous nous arrêtons. L'article 2151 est inapplicable à l'espèce par la raison que notre hypothèque est dispensée d'inscription (1).

Sur le rang à donner à l'hypothèque pour les frais de séparation de biens on est divisé :

Les uns voudraient colloquer la femme à la date de l'inscription prise pour la conservation des créances dont le jugement a pour but d'assurer le paiement. C'est oublier que l'hypothèque légale est dispensée d'inscription (2).

Les autres, dont nous partageons l'avis, donnent pour les frais de l'instance le même rang que pour la créance. C'est le système de la Cour de Cassation. Voici ses motifs, que nous avons déjà eu l'occasion de développer : « Attendu que l'accessoire suit le sort du principal et qu'ainsi les frais dûment faits pour obtenir paiement du principal ont droit aux mêmes garanties que la créance..... » (3)

III. — *Sur quels biens porte l'hypothèque légale*

Les femmes mariées, dit l'article 2121, ont hypothèque

(1) Bourges, 28 avril 1838 ; Dalloz, Rep., v° *Priv. et Hyp.*, n° 2418, — 2°.

(2) Cour d'appel de Savoie, 23 mars 1837, D. P., 58, 12, 42.

(3) Cass., 4 fév. 1868 ; D. P., 68, 1, 57 ; Riom, 5 février 1821, Dalloz, Rep., v° *Priv. et Hyp.*, n° 2448. — 1° et 2°.

sur les biens de leur mari, et l'article 2122 complète la règle en en fixant l'étendue : « Le créancier qui a une
« hypothèque légale peut exercer son droit sur tous
« les immeubles appartenant à son débiteur, et sur
« ceux qui pourront lui appartenir dans la suite sous
« les modifications ci-après exprimées ».

C'est donc une hypothèque générale sur les biens présents et avenir de son mari. Mais l'article 2121 doit-il, comme son prescrit semble l'imposer, être limité aux biens du mari, ou bien l'hypothèque légale frappera-t-elle également les biens de communauté?

La question a été longtemps controversée, néanmoins, une jurisprudence à peu près constante avait terminé le débat qui paraît si bien clos, que le législateur adoptant l'interprétation de la jurisprudence en a fait comme la base et le point de départ d'une loi nouvelle du 13 février 1889, qui a tranché la question si controversée de la renonciation par la femme à son hypothèque et des effets de cette renonciation :

« En l'absence de stipulation expresse, dit en effet
« notre texte, destiné à remplacer l'article 9 de la
« loi du 23 mars 1855, la renonciation par la femme
« à son hypothèque légale ne pourra résulter de son
« concours à l'acte d'aliénation que si elle stipule, soit
« *comme co-venderesse*, soit comme garante ou caution
« du mari ».

Le texte prévoit évidemment deux hypothèses ; le mari vend un immeuble lui appartenant, en ce cas la femme interviendra au contrat comme garante ou caution ; le mari vend au contraire un conquêt, il pourrait le faire seul, mais sous sa seule responsabilité, et

sans que la femme perde par cela même son hypothèque, alors la femme interviendra comme co-venderesse, ces termes ne peuvent avoir de sens qu'ainsi entendus. Comment comprendre que la femme se présente comme co-venderesse d'un immeuble de son mari ! On ne vend que ce qui est à soi, en tout ou en partie, donc c'est de conquêts qu'il s'agit, et alors si le législateur lui permet de renoncer à son hypothèque légale, c'est qu'elle en avait une sur ces biens.

Les travaux préparatoires de la loi confirment notre opinion (1). « En édictant que la *renonciation* par la femme à son *hypothèque légale* au profit de l'acquéreur d'immeubles ou du mari, *ou de la communauté*... » dit le rapporteur M. Merlin (2).

La pétition soumise par les notaires à l'examen de la Commission, était conçue dans des termes qui eussent rendu la question encore plus certaine : « le concours de la femme, à l'aliénation consentie par le mari d'un immeuble propre ou *conquêt de communauté*, emporte extinction de l'hypothèque légale... »

Cette rédaction a été remaniée par la Commission de la Chambre, mais seulement pour y substituer une spécialisation plus rigoureuse des modes de renonciation tacite à l'hypothèque, on peut regretter que la Chambre n'ait pas cru devoir maintenir en l'amençant dans le sens où elle l'a fait, les termes très

(1) *Lois nouvelles*, 1888, 1^{re} partie, page 141. Commentaire de M. Escorbiac.

(2) *Journal Officiel*, avril 1888, annexe du Sénat, n° 37.

précis de cette pétition. On le comprend cependant, ce côté de la question lui paraissait certain, et la loi nouvelle n'avait pour but que de mettre fin à une controverse, d'ailleurs si les termes n'ont pas été conservés, on peut dire que l'esprit en est resté, comme nous croyons l'avoir démontré.

Disons en terminant que telle était la tradition de l'ancien droit; Bourjon constate que si la femme n'a aucun privilège sur les meubles, elle a au moins une hypothèque sur les immeubles de communauté : « Hypothèque, dit-il, qui a lieu même sur les *conquêts* et c'est en vain, à cet égard, que quelques-uns opposent que la coutume constitue le mari maître des conquêts, et que c'est affaiblir cette puissance que de faire influencer l'hypothèque sur iceux; cette puissance ne s'entendant que relativement aux droits de la femme sur la communauté, et non par rapport à ses autres droits et créances; soutenir le contraire c'est vouloir ajouter à la coutume et changer sa disposition, ce qui est d'autant plus incontestable que les *conquêts* ont souvent été acquis avec les deniers dotaux de la femme... » (1).

Bacquet n'est pas moins explicite : « Le mari par son contrat de mariage ayant obligé tous et chacun de ses biens, présents et advenir, au paiement et satisfaction du douaire et conventions matrimoniales de la femme; il ne peut aliéner les *conquests*, non plus que les propres acquêts, *sans le droit d'hypothèque* créé à la femme, dès l'instant que les dits

(1) DROIT COMMUN, 7^e partie, *De la communauté*, n^o 135 et 136.

« conquêts ont été faits, et qu'ils ont été entre les mains du mari, AUTREMENT LA FEMME SERAIT DE PIRE CONDITION QUE LES AUTRES CRÉANCIERS HYPOTHÉCAIRES. » (1).

On peut donc considérer le principe comme certain et consacré législativement aujourd'hui ; mais les applications en varieront suivant les circonstances.

Ou bien les conquêts ont été aliénés ou hypothéqués par le mari, ou bien ils sont restés dans le patrimoine commun.

A. — Les conquêts ont été aliénés durant la communauté.

a. — La femme renonce-t-elle à la communauté ? Alors elle est censée n'avoir jamais été commune, le mari a toujours été seul propriétaire des conquêts, par suite rien ne s'oppose à ce qu'ils soient frappés de l'hypothèque.

On objecte, il est vrai, que cette fiction de la rétroactivité n'est formulée nulle part dans la loi, que par suite l'interprète ne saurait la créer. Mais créons-nous bien là une fiction ? La femme n'est pas à proprement parler l'associée du mari « *Mulier non est socia, sed speratur fore* » a.dit Dumoulin, et c'est par l'acceptation seulement qu'elle le deviendra. Tant qu'elle n'aura pas accepté elle ne sera pas commune, et sa renonciation loin de lui retirer une qualité qu'elle n'a pas, n'a fait que rendre définitive sa mise hors de l'as-

(1) Droits de justice, chapitre XV, n° 42 ; voir aussi Duplessis, Comm., liv. I, sections 1 et III ; Lebrun, *ibid.*, liv. III, chap. III, sect. II, dist. 3 ; Renusson, 2^e partie, ch. III, n° 42 et suiv.

sociation conjugale. Cependant, ajoute-t-on, aux termes de l'article 1492 la femme qui renonce *perd* toute espèce de droits sur les biens de la communauté; donc elle a eu des droits. Evidemment elle a eu des droits *éventuels*, soumis à la condition de son acceptation, mais si cette condition ne se réalise pas, ces droits n'ont jamais existé.

Comment l'article 1494 pourrait-il l'affranchir des obligations prises par son mari, si on devait la considérer comme ayant été représentée par lui dans les contrats qu'il a passés. Les tiers auraient droit de protester. C'est que justement la femme prend par son acceptation la moitié des dettes en charge, parce que son acceptation en fait une femme commune.

b. — La femme accepte-t-elle au contraire la communauté? En ce cas il y aura lieu à partage. Les biens qui tomberont dans la dot de la femme ne peuvent évidemment être frappés de son hypothèque; *nemini res sua servit*, quant à ceux qui échoient au mari, ils sont censés (art. 883) lui avoir toujours appartenu, l'hypothèque pourra donc s'y imprimer.

B. — Les conquêts ont été aliénés ou hypothéqués. Nous ferons la même distinction :

a. — Si la femme renonce, elle n'a jamais eu aucun droit sur ces biens, son hypothèque les grèvera donc ; on renforce pour combattre cette opinion l'argument que nous croyons avoir réfuté tout à l'heure de cette autre considération, qu'une pareille solution est destructive du crédit du mari. Qui voudra acheter un

immeuble de communauté, s'il se voit menacé de l'hypothèque ? C'est au législateur qu'il faut renvoyer l'objection. Mais elle se réfute d'elle-même. Est-ce qu'il n'en est pas du crédit du mari, quant aux conquêts, comme de son crédit quant à ses propres ? Il ne faudrait plus alors, pour laisser intact le crédit du mari, donner d'hypothèque du tout. Enfin est-ce qu'il ne sera pas toujours possible à l'acquéreur et au mari d'obtenir la renonciation de la femme !

b. — La femme a au contraire accepté la communauté.

Dans ce cas la femme a ratifié par son acceptation la gestion du mari, elle est considérée comme partie à l'acte, dès lors les aliénations ou les hypothèques consenties par son mari lui sont opposables. Devant garantie elle ne peut évincer (1).

On pourrait peut-être observer que la loi du 13 mars 1889 ayant prescrit pour la renonciation à l'hypothèque légale des formes rigoureuses et limitativement déterminées, il est impossible de les étendre. Il faut en effet, d'après le nouveau texte, remplaçant l'article 9 de la loi du 23 mars 1855, que cette renonciation ait lieu, ou d'une manière expresse par acte authentique, ou tacitement par le concours de la femme à l'acte, comme *co-venderesse*, *garante*, ou *caution*. Hors ce cas la renonciation serait non avenue.

Ce serait mal raisonner, car la lecture du texte

(1) Troplong, *Priv. et Hyp.*, I, n° 433 bis et ter. ; Laurent XXX, n° 370.

précité fait cesser le doute. Il dit en effet « que la renonciation à l'hypothèque légale ne pourra résulter *de son concours* à l'acte d'aliénation, *que.....* » et non, comme on le lui ferait dire, si l'on décidait autrement « que la renonciation ne pourra résulter *que de son concours* à l'acte..... » La loi nouvelle règle un cas de renonciation tacite, ce qui n'empêche pas les autres, et en acceptant la communauté elle renonce à son hypothèque sur les conquêts.

§ 8. — *Causes d'extinction de l'action*

L'action étant une simple action de créance est soumise à tous les modes d'extinction des actions personnelles. Il serait oiseux de les passer en revue.

En ce qui concerne la renonciation à son action, nous avons vu quand et comment la renonciation aux reprises contre la communauté pouvait éteindre l'action. En supposant une telle renonciation, élèverait-elle aussi une fin de non-recevoir, non seulement contre l'action intentée à la communauté, mais subsidiairement au mari? Pour nous oui. La femme ayant renoncé à son droit, a par là même renoncé à tous moyens de le faire valoir, aussi bien par la voie subsidiaire que par la voie principale. Il serait sans cela trop facile à la femme d'éluder les prescriptions de la loi, qui ne lui accordent son recours contre son mari qu'à titre subsidiaire. Elle aurait un moyen infailible d'en faire une action principale, ce serait de renoncer à son action; elle

partagerait la communauté riche de toutes les reprises qu'elle n'a pas exercées, puis se retournerait contre son mari, qui serait seul à souffrir de l'action. Ce serait injuste.

Rien n'empêcherait cependant, tout en renonçant à ses reprises contre la communauté, qu'elle ne se réserve le droit d'exercer ses reprises contre son mari.

Mais la renonciation aux reprises contre la communauté n'emporterait pas renonciation aux récompenses dues *personnellement* par le mari. Car les renonciations s'interprètent restrictivement. Qu'on remarque toutefois comme nous venons de le dire que cette renonciation pourrait avoir lieu expressément.



POSITIONS

DROIT ROMAIN

- I. — L'interdit Salvien est prohibitoire.
- II. — Le *nauticum fœnus* est un *mutuum*.
- III. — A l'époque de Gaius le *procurator* mandataire ne déduit pas *in judicium* le droit du *dominus*.
- IV. — A l'époque classique, le défendeur à la revendication qui refuse d'obéir à l'*arbitrium* du juge, peut y être contraint *manu militari*.

DROIT CIVIL

- I. — La responsabilité qu'édicte l'article 1733 contre le locataire au cas d'incendie s'applique à l'usufruitier.
- II. — Le bailleur d'un bien rural a le droit de revendiquer entre les mains d'un tiers détenteur quelque les bestiaux qui garnissaient les lieux loués. — Il le peut même contre celui qui les aurait achetés en foire, et ce, sans avoir à restituer le prix d'achat. (C. civ. 2102 et 2280).
- III. — Quand un premier arrêt a condamné une partie à payer des dommages-intérêts à fixer par état, l'arrêt qui statue définitivement sur le montant de ces

dommages ne saurait décider qu'il n'y a pas lieu à indemnité sous prétexte d'inexistence du préjudice. (C. civ., art. 1351).

IV. — L'adjudication sur surenchère du dixième ne résout pas *ex tunc* le contrat antérieur de vente volontaire. — Le tiers détenteur a donc été propriétaire du jour de son acquisition jusqu'au moment de l'adjudication. (C. civ., art. 1183 et 2188).

DROIT COMMERCIAL

I. — Le syndic d'une faillite a le pouvoir (avec l'autorisation du juge commissaire) de voter au Concordat d'un débiteur chirographaire du failli, déclaré lui-même en faillite.

II. — Le mineur non émancipé ne peut pas continuer une société commerciale (en nom collectif) commencée par un majeur auquel il succède.

DROIT PÉNAL

I. — Au cas de déclaration de culpabilité d'un mineur de 16 ans, c'est l'atténuation résultant de la minorité qui doit être examinée la première ; l'application de l'article 463 C. P. ne peut être faite qu'ensuite. (C. P., art. 67).

II. — L'arrestation d'un condamné en pays étranger opérée en vertu d'une demande d'extradition régu-

lière, n'interrompt pas la prescription de la peine. (C. I. cr., art. 635).

*Vu par le Doyen
de la Faculté de Droit,
de Caen :*

Edmond VILLEY.

*Vu par le Président
de la thèse :*

J. LAISNÉ-DESHAYES.

VU :

et permis d'imprimer,

le Recteur de

l'Académie de Caen,

E. ZÉVORT.



TABLE DES MATIÈRES

DROIT ROMAIN

Des pouvoirs du mari sur la dot

INTRODUCTION.	1
PREMIÈRE ÉPOQUE. — Avant Auguste.	5
DEUXIÈME ÉPOQUE. — D'Auguste à Justinien.	13
CHAPITRE I. — Droit du mari sur les immeubles.	21
§ 1. — <i>Jus abutendi</i> . — <i>Loi Julia</i>	21
§ 2. — <i>Jus fruendi</i>	50
§ 3. — <i>Jus utendi</i>	59
CHAPITRE II. — Droits du mari sur les meubles.	61
§ 1. — <i>Jus abutendi</i>	61
§ 2. — <i>Jus fruendi</i>	74
§ 3. — <i>Jus utendi</i>	75
TROISIÈME ÉPOQUE. — Sous Justinien.	76
§ 1. — <i>Jus abutendi</i>	79
§ 2. — <i>Jus fruendi et utendi</i>	91

DROIT FRANÇAIS

Reprises actives de la femme commune

INTRODUCTION.	95
DIVISION	110

PREMIÈRE PARTIE

Détermination des reprises

CHAPITRE I. — Reprise des biens personnels encore existants.	114
§ 1. — Causes de reprises	116
§ 2. — Nature des reprises.	122
CHAPITRE II. — Récompenses ou indemnités.	124
SECTION I. — Récompenses dues par la com- munauté.	125
§ 1. — Origine des récompenses.	125
<i>Première catégorie.</i>	128
<i>Deuxième catégorie</i>	163
<i>Troisième catégorie</i>	181
§ 2. — Calcul des récompenses	185
§ 3. — Nature des récompenses	205
I. — Sont-elles un droit de créance ou de propriété?	205
A. — Vis-à-vis des créanciers.	208
<i>Premier Système.</i>	208
<i>Deuxième Système</i>	209
<i>Troisième Système</i>	210
<i>Quatrième Système</i>	211
B. — Entre époux	227
II. — Sont-elles un droit mobilier ou im- mobilier?	237

III. — Constituent-elles une dation en paiement ?	241
SECTION II. — Récompenses dues par le mari.	248
§ 1. — Origine des récompenses	249
§ 2. — Calcul et nature des récompenses.	254

DEUXIÈME PARTIE

Recouvrement des reprises

CHAPITRE I. — Reprise des biens personnels encore existants	255
§ 1. — A quel moment l'action peut-elle être intentée ?	255
§ 2. — Qui peut l'intenter ?	262
§ 3. — A quelles conditions peut-elle être intentée ?	263
A. — Immeubles	264
B. — Meubles	267
§ 4. — Contre qui doit-elle être intentée ?	269
§ 5. — Quels sont les effets de l'action ?	270
§ 6. — Garanties de l'action	274
§ 7. — Causes d'extinction de l'action	275
CHAPITRE II. — Récompenses ou indemnités.	276
SECTION I. — Contre la communauté.	277
§ 1. — A quel moment l'action peut-elle être intentée ?	277
§ 2. — Qui peut l'intenter ?	279
§ 3. — A quelles conditions ? — Preuve.	280
§ 4. — Contre qui doit-elle être intentée ?	286
§ 5. — Comment s'exercent les reprises ? — Prélèvements	289
§ 6. — Effets de l'action.	316
§ 7. — Garanties de l'action	323
§ 8. — Causes d'extinction de l'action.	325

SECTION II. — Contre le mari.	334
§ 1. — A quel moment l'action peut-elle être intentée?	334
§ 2. — Qui peut l'intenter?	337
§ 3. — A quelles conditions?	337
§ 4. — Contre qui doit-elle être intentée?	338
§ 5. — Comment s'exercent les reprises?	339
§ 6. — Effets de l'action	342
§ 7. — Garanties de l'action. — Hypothèque légale.	349
§ 8. — Causes d'extinction de l'action	372
POSITIONS.	374



